

ARQUIVOS DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR

N. 46 – 2024

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	5
<i>MARLY. A. CARDONE</i>	
CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA INEXISTÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DESPEDIDAS EM MASSA.....	7
<i>RENATO RUA DE ALMEIDA</i>	
A REDUÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO STF.....	29
<i>IVETE RIBEIRO</i>	
NEGOCIADO X LEGISLADO: AMPLIANDO HORIZONTES..	43
<i>LUIZ MARCELO GÓIS</i>	
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A INDE- NIZAÇÃO NA CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19	61
<i>IGOR HENRIQUE DOS SANTOS LUZ</i>	



**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale” – SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 – CEP 01310-910 – SP

www.institutocesarinojunior.org.br – icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados
são de exclusiva responsabilidade de seus autores.*



APRESENTAÇÃO

Direito é norma posta pelo Estado e jurisprudência, sua interpretação pelos tribunais.

Todos os temas e estudos aqui apresentados examinam exaustivamente esses dois aspectos, sendo uma excelente contribuição ao deslinde da problemática que o mundo jurídico-trabalhista apresenta.

Convém lembrar o que diz o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT , *verbis*: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, pela analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Paragrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

A leitura de cada um dos estudos estampados nesta nossa revista anual permitirá ao privilegiado leitor constatar que os referidos pilares do artigo 8º da CLT não foram ultrapassados, antes, foram cumpridos.

Seja no assunto da despedida em massa, como no da oposição negociado x legislado ou, ainda, no da alargada competência

da Justiça do Trabalho disciplinada na nossa Carta Magna de 1988, com alterações posteriores, orgulha-se o IBDSCJ do cumprimento de um de seus fins estatutários, qual seja, de difusão dos conhecimentos de DIREITO SOCIAL.^(*)

MARLY A. CARDONE

Presidente

(*) Lista de órgãos que recebem gratuitamente esta revista, além dos associados do IBDSCJ:

BIBLIOTECAS:

- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/SP
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
- FACULDADE DE DIREITO DA USP
- TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª. REGIÃO
- LIBRARY OF CONGRESS , CONSULADO GERAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA
- ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO
- SENADO FEDERAL
- CAMARA DOS DEPUTADOS

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DECORRENTES DA INEXISTÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DESPEDIDAS EM MASSA

Renato Rua de Almeida ^()*

Introdução. I. Proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro. II. Decisão plenária com repercussão geral do STF sobre a necessidade da negociação coletiva prévia para a despedida em massa dos trabalhadores (Tema nº 638). III. Consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa. Conclusão.

Introdução

Antes do exame propriamente dito das consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa, tema de importância especial no direito do trabalho brasileiro atual, mister se faz, numa primeira parte, um estudo da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental social catalogado no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, de modo a justificar especificamente a questão central objeto do presente estudo, qual seja a necessidade imprescindível da negociação prévia entre a empresa empregadora e seus

(*) Advogado, professor aposentado da Faculdade de Direito da PUC-SP, doutor em direito pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), membro da ABDT, do IBDSCJ e da UJUCASP.

empregados a serem despedidos coletivamente e assistidos pelo respectivo sindicato profissional.

Numa segunda parte, é preciso fazer um exame da decisão plenária do STF com repercussão geral no sentido de que a intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa dos trabalhadores (Tema 638).

Finalmente, numa terceira e última parte, serão então examinadas as consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa dos trabalhadores.

A despedida em massa sem negociação prévia implicaria a declaração de nulidade dessa despedida em massa dos trabalhadores e a consequente determinação da reintegração desses mesmos trabalhadores despedidos ou caberia a condenação da empresa empregadora no pagamento de indenização pela prática de uma despedida ilícita ?

I. Proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental social no ordenamento jurídico brasileiro

O artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 consagra a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

No entanto, pelo sistema constitucional brasileiro, nos termos do artigo 5º, § 1º, do texto constitucional, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Portanto, seja em relação aos direitos individuais, de primeira geração ou dimensão, seja em relação aos direitos sociais, de segunda geração ou dimensão, como na espécie catalogada constitucionalmente da proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, as normas constitucionais protetoras têm aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que o texto constitucional, como na espécie, preveja a regulamentação por lei complementar.

De fato, não seria lógico dizer que a efetividade desse direito fundamental social em comento só ocorreria com a promulgação de lei complementar, já que decorreram quase 36 anos da aprovação do texto constitucional sem essa regulamentação.

Com efeito, se a eficácia de um direito fundamental dependesse exclusivamente de uma legislação infraconstitucional que o implementasse, correr-se-ia o risco de que a omissão do legislador ordinário teria mais força eficaz do que a ação do legislador constituinte.

Por outro lado, é oportuno esclarecer que tanto a doutrina brasileira quanto a do direito comparado de países da União Europeia, especialmente a França, Itália, Portugal e Espanha, ensinam que a despedida sem justa causa corresponde à despedida individual e a despedida arbitrária à coletiva.

Aliás, o artigo 477-A da CLT, com a redação dada pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017, pretendendo regulamentar o artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, ainda que de forma inconstitucional, por se tratar de lei ordinária e não complementar, utiliza as expressões despedida individual e despedida coletiva, como sendo respectivamente despedida sem justa causa e despedida arbitrária, consagrando-as, pois, no nosso direito positivo consolidado.

É importante dizer que, pela doutrina do direito constitucional e do direito internacional, os chamados direitos humanos, previstos em tratados internacionais, foram internalizados nas Constituições como direitos fundamentais, assim ocorrendo com a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.

Por essa razão, esses direitos e garantias fundamentais são denominados por Robert Alexy mandamentos de otimização, vale dizer eles se beneficiam da máxima efetividade, nos termos do já citado artigo 5º, inciso I, do texto constitucional brasileiro, e, com maior clareza, segundo J. J. Gomes Canotilho, no artigo 18, inciso I, da Constituição da República Portuguesa, isto é, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Na República Federativa do Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988 a proteção da relação emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa foi parcial, nos termos do artigo 10, inciso I, do ADCT, do texto constitucional, pois limita a referida proteção a uma questão meramente indenizatória e mesmo assim insuficiente para inibi-la.

Com efeito, ficou previsto no mencionado artigo 10, inciso I, da ADCT, que a proteção referida no artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, até que lei complementar seja aprovada, quando fixará indenização, que fica limitada ao aumento para quatro vezes da porcentagem prevista no artigo 6º, *caput*, e parágrafo 1º, da Lei nº 5.107, de 13/9/1966, vale dizer de 10% para 40% calculados sobre os depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço feitos pelo empregador, a título de indenização compensatória e provisória de natureza trabalhista.

Portanto, seja no que concerne à hipótese da despedida individual sem justa causa, seja da despedida arbitrária coletiva, a indenização provisória prevista pelo ADCT é insuficiente para impedir a abusividade contra elas eventualmente praticada pelo empregador.

No que concerne à proteção contra a abusividade da despedida individual como direito fundamental social, pode-se dizer que a técnica protetiva constitucional é indireta e mediata nas hipóteses das figuras do *venire contra factum proprium* e da *culpa post pactum finitum*, violadoras da boa-fé objetiva na relação de emprego, na conformidade dos artigos 187 e 422 do Código Civil de 2002 aprovado sob a égide da Constituição Federal de 1988, cuja reparação é de natureza indenizatória pelo ilícito praticado, em cumprimento, nunca é demais repetir, do conteúdo do artigo 5º, § 1º, do texto constitucional, como decorrência da aplicação do princípio constitucional republicano da solidariedade, previsto pelo artigo 3º, inciso I, do mesmo texto constitucional, conforme doutrina dos juristas gaúchos Ingo Wolfgang Sarlet e Judith Martins-Costa e que foi trazida para a seara trabalhista pelos juristas Arion Sayão Romita, do Estado do Rio de Janeiro, e Aldacy Rachid Coutinho, do Estado do Paraná.

Em relação à abusividade na despedida coletiva, ela ocorreria na hipótese em que a empresa empregadora deixasse de informar aos trabalhadores e à respectiva entidade sindical da categoria profissional os motivos de ordem econômica ou financeira respectivamente de natureza conjuntural ou estrutural.

Tal se justifica pelas consequências sociais de maior complexidade em relação ao desemprego provocado, além de que o fato jurídico da motivação concerne ao empregador, que deve

informá-lo previamente à parte contrária e seus representantes antes da consumação da ruptura em massa dos trabalhadores, na tentativa de uma solução negociada.

Diferente, portanto, da despedida individual sem justa causa, que é ato unilateral potestativo e lícito do empregador, cuja validade só dependeria de informação prévia ao empregado na hipótese de despedida por justa causa, consistente em suposto ato jurídico contratual unilateral e ilegal do empregado, para a garantia do exercício de seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa como trabalhador-cidadão, denominação essa cunhada por Palomeque.

Essa exigência do direito ao acesso à informação nas relações jurídicas está prescrita no artigo 5º, inciso XIV, do texto constitucional brasileiro, como regra jurídica e não como simples princípio normativo de direito fundamental de primeira geração, pelo que tem maior eficácia e não depende de ponderação, face a outros valores constitucionais para sua aplicação com o exame fático e jurídico na hipótese de despedida em massa, conforme lição de Ronald Dworkin.

Ora, como visto, a efetividade do direito ao acesso à informação da motivação da despedida em massa traria como consequência lógica a negociação entre as partes com a presença sindical profissional na tentativa de substituir o mal maior da ruptura contratual em massa dos trabalhadores pelo mal menor de uma possível manutenção dos empregos ainda que com algumas restrições contratuais.

Essa manutenção dos empregos poderia ocorrer, por exemplo, com medidas negociadas como a concessão de férias coletivas (I), ou também com a suspensão do contrato de tra-

balho, implicando a não prestação de serviço e pagamento de salário, mas com recebimento em substituição pelos trabalhadores de ajuda de custo paga pelo órgão público competente, desde que esses trabalhadores se matriculassem em cursos de formação profissional (II), ou ainda com a redução da jornada de trabalho e a respectiva redução do salário durante período limitado legalmente (III).

Caso a despedida em massa se mostrasse indispensável com a exibição de provas da motivação pela empresa empregadora, para evitar outro mal maior que seria a falência da empresa e o desemprego de todos os trabalhadores, tentar-se-ia então, pelos mecanismos da negociação direta com os trabalhadores e respectivo sindicato profissional, ou mesmo pelas formas privadas de mediação ou arbitragem, a busca da redução do número dos despedidos, e, em caso dela mostrar-se impossível para sanar a crise econômico-financeira da empresa, fosse então elaborada lista dos despedidos, poupando aqueles trabalhadores casados com prole, dando preferência para a despedida aos já aposentados e aos mais jovens sem prole.

Portanto, a interpretação sistemática dos artigos 7º, inciso I, e 5º, inciso XIV, ambos da Constituição Federal de 1988, combinados com o artigo 5º, § 1º, também do texto constitucional, este sobre a imediata efetividade do direito fundamental em comento, levaria à indispensável unidade constitucional preconizada pelo jurista constitucionalista português Jorge Miranda em matéria de proteção contra a despedida arbitrária coletiva, como direito fundamental social e trabalhista de segunda geração.

Ademais, expressaria aquilo que Alain Supiot - com base na lição de Habermas - afirma ser o direito contemporâneo mais regulatório entre as partes e menos originário da regulamenta-

ção heterônoma do Estado, que na seara trabalhista se efetiva pela informação e pela negociação coletiva, conforme as Convenções n.ºs. 98 e 154, da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, e pelo direito fundamental social e sindical que tem legitimada sua participação nas relações coletivas de trabalho, nos termos dos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988.

Aliás, esse sistema de informação e negociação prévia nas despedidas coletivas é norma prevista pela Convenção n.º. 158 da OIT e pela legislação comparada dos países membros da União Europeia, em decorrência de diretivas aprovadas pelo Parlamento Europeu nesse sentido.

É importante também saber que a hipótese em comento não se trata de uma negociação coletiva no sentido estrito, quando, por meio dos instrumentos da convenção ou acordo coletivo de trabalho, é prevista a melhoria da condição social do trabalhador, como preconizado pelo *caput* do artigo 7º e seus incisos VI, XIII e IX, do texto constitucional brasileiro, sendo então indicadas expressas contrapartidas recíprocas, cujos contratos individuais de trabalho estão em curso, nos termos do artigo 611-A, da CLT, com a redação dada pela lei da Reforma Trabalhista de 2017, mas significa a presença sindical na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos trabalhadores inclusive quando despedidos em massa, como na presente hipótese, a teor do artigo 8º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

A propósito, a doutrina desse especialista alemão em ciência geral do direito e em direito civil, Cláus-Wilhelm Canaris, sobre a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas teve por base decisão do Tribunal Constitucional Alemão, ao

reconhecer a dimensão objetiva e a eficácia horizontal do direito fundamental da liberdade de expressão nas relações privadas (*Drittwirkung*), no julgamento do famoso caso Luft.

Essa irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas na busca de eficácia justifica-se pelo fato de que, ainda segundo Canaris, as Constituições, em princípio, não são o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e pessoas jurídicas, consistindo, pelo contrário, tarefa específica do direito privado.

Portanto, uma vez encerrada essa primeira parte sobre o estudo da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como direito fundamental social brasileiro, passa-se a seguir, de forma mais sucinta, ao exame da decisão plenária com repercussão do STF sobre a necessidade da negociação coletiva prévia para a despedida em massa dos trabalhadores (Tema nº 638) como medida de decisão judicial assegurando a efetivação do núcleo essencial do direito fundamental social da proteção contra a despedida em massa dos trabalhadores.

II. Decisão plenária com repercussão geral do STF sobre a necessidade da negociação coletiva prévia para a despedida em massa dos trabalhadores (Tema 638)

A Empresa Brasileira de Aeronáutica-Embraer, sediada em São José dos Campos, no Estado de São Paulo, alegando que a crise econômico-financeira ocorrida em 2008 nos Estados Unidos afetou o mundo à época, em razão do fenômeno da globalização, trouxe implicações severas para a sua saúde financeira, pelo que se viu obrigada a efetuar a despedida em massa em torno de 4.400 (quatro mil e quatrocentos) empregados de um total de 22 (vinte e dois) mil, isto é, expressivos 20% da totalidade de seus trabalhadores.

O Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, tendo como assistente litisconsorcial o Sindiaeroespacial (empregados técnicos), ingressou perante a SDC do TRT da 15ª Região (Campinas) com dissídio coletivo de natureza jurídica, sob o fundamento de que a empresa Embraer não teria buscado antes da despedida em massa uma negociação coletiva prévia com os trabalhadores despedidos e seu respectivo sindicato profissional, quando deveria apresentar e comprovar os motivos de natureza econômico-conjuntural e financeiro-estrutural, pelo que pleiteou judicialmente a nulidade da despedida de todos os trabalhadores, bem, como, conseqüentemente, sua reintegração no emprego, tudo com fundamento no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, que, a seu juízo protegia a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, além da fundamentação de outros fundamentos constitucionais, legais e normas internacionais sobre a matéria.

Pelo acórdão 333/2009 nos autos do processo TRT/Campinas da 15ª Região nº 00309200900015004-DC, a Sessão de Dissídio Coletivo do TRT da 15ª Região, Campinas, no Estado de São Paulo, houve por bem indeferir o pedido de nulidade com reintegração dos trabalhadores, em razão de que, a seu ver, as conseqüências jurídicas do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, dependiam de regulamentação por lei complementar.

No entanto, no mérito, a SDC do TRT da 15ª Região, Campinas decidiu à unanimidade conforme teor do voto do relator, desembargador José Antonio Pancotti, que, com base na doutrina pós-positivista dos expressamente citados constitucionalistas Robert Alexy, Ronald Dworkin e Paulo Bonavides, este então professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, bem como na doutrina trabalhista dos também expres-

samente citados professores paulistas Renato Rua de Almeida, então professor da Faculdade de Direito da PUC-SP, e Amauri Mascaro Nascimento, então professor da Faculdade de Direito da USP, houve por bem declarar abusiva a despedida em massa dos trabalhadores, por falta de informação da motivação da despedida em massa e também por falta de negociação prévia, com violação do artigo 422 do Código Civil de 2002, bem como houve por bem condenar a suscitada Embraer a indenizar cada empregado despedido coletivamente com pagamento de duas indenizações no valor cada qual de um salário mensal respondente a um mês de aviso prévio.

Da decisão regional, houve interposição de recurso ordinário para a SDC do Tribunal Superior do Trabalho, que tramitou sob o Proc.-RO-DC -309/20092009-000-15-00, cujo acórdão ED -RODC 30900-12.2009.5-15.0000, publicado em 04/09/2009, houve por bem decidir, por maioria, afastar a declaração de abusividade e indeferir a reintegração pleiteada, vencido o relator Ministro Maurício Godinho Delgado, acompanhado pela Ministra Kátia Arruda, sob o fundamento de falta de regulamentação por lei complementar das consequências jurídicas do artigo 7º, inciso I, do texto constitucional brasileiro de 1988.

A propósito, o voto vencido do relator Ministro Maurício Godinho Delgado, acompanhado pelo voto da Ministra Kátia Arruda, entre outros fundamentos, valeu-se expressamente também da doutrina trabalhista dos também citados expressamente professores de São Paulo Renato Rua de Almeida e Amauri Mascaro Nascimento e da doutrina constitucional do professor citado Paulo Bonavides do Ceará, além de outros fundamentos jurídicos e legais.

Portanto, essa visão pós-positivista desses dois Ministros vencidos do TST, no tocante à declaração de abusividade da

despedida coletiva sem prévia tentativa de negociação coletiva com as consequências jurídicas pertinentes, evidenciando a ideia da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sociais nas relações do trabalho, foi suplantada por uma maioria de Ministros do da SDC do TST que, em 2009, ainda professava uma ideia positivista do direito, em que a interpretação do direito só seria permitida dentro do princípio de uma legalidade estrita, mesmo que contrariasse valores de justiça, desconsiderando, pois, a moderna filosofia de direito natural do jurista francês Michel Villey, tendo em vista a busca da efetivação do justo objetivo nas relações sociais.

No entanto, a SDC do TST, ainda assim, por simples maioria, fixou a premissa de que a negociação coletiva seria, doravante, imprescindível para despedida em massa dos trabalhadores.

Esse *Leading Case* fixado pelo TST passou a ser respeitado com sucesso por mais de dez anos pelos Tribunais Regionais do Trabalho da Justiça do Trabalho, desde sua publicação, com a garantia dos empregados e do respectivo sindicato do direito ao acesso à informação da motivação da despedida em massa e à negociação coletiva prévia à consumação dessas despedidas em massa, na tentativa de serem encontradas soluções menos traumáticas que a despedida para os trabalhadores.

Da decisão da SDC do TST, houve interposição de recurso extraordinário pela empresa Embraer ao STF, que tramitou com o número 999.435 de Recurso Extraordinário, sob a relatoria do então Ministro Marco Aurélio.

Na sessão plenária de 08 de junho de 2022, por folgada maioria, vencido o relator Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário da empresa Embraer para

afastar a decisão da SDC do TST, o STF fixou a tese (Tema nº 638), a seguir explicitada, a partir da divergência aberta pelo Ministro Roberto Barroso, após terem sido proferidos os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Edson Fachin, todos convergentes com o voto do relator Ministro Marco Aurélio na sessão extraordinária anterior de 20 de maio de 2022, sendo certo que o Ministro Alexandre de Moraes reviu o teor de seu voto, já na sessão seguinte do dia 08 de junho de 2022, passando a acompanhar a maioria formada em torno do brilhante voto divergente e vencedor do Ministro Roberto Barroso.

Talvez seja oportuno e em homenagem à verdade dos fatos ocorridos durante esse julgamento do plenário do STF informar que este autor, na sessão telepresencial do dia 20 de maio 2022, como advogado inscrito do sindicato profissional litisconsorte, Sindiaeroespacial (trabalhadores técnicos da empresa Embraer), sustentou oralmente, trazendo argumentos que foram aproveitados pelo voto divergente e vencedor do Ministro Roberto Barroso, que, como visto, abriu a divergência vitoriosa em relação ao voto vencido da relatoria do Ministro Marco Aurélio, até então acompanhado por 3 (três) Ministros, na sessão extraordinária seguinte do dia 08 de junho de 2022, conforme ele próprio explanou e que consta da gravação da sessão em comento.

A tese (Tema nº 638) do voto vencedor com repercussão geral fixa o entendimento de que a intervenção sindical profissional prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, não se confundindo com a autorização prévia por parte da entidade sindical ou com a celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Em sua decisão plenária com repercussão geral, o STF entendeu que a matéria é meramente procedimental, constituindo

apenas um pressuposto a ser cumprido pela empresa em razão da boa-fé objetiva e seus deveres anexos de informar e negociar, conforme disposto nos artigos 187 e 422 do Código Civil e em atenção à lição da jurista gaúcha Judith Martins-Costa em sua obra *A boa-fé no Direito Privado* (Editora Saraiva), cuja tese foi citada expressamente no voto divergente e vitorioso do Ministro Roberto Barroso e no voto também divergente da Ministra Rosa Weber, quando então tornaria legítimo e eficaz o ato unilateral da despedida em massa, caso não resultasse da negociação coletiva outra solução que não fosse a despedida em massa dos trabalhadores.

Essa decisão paradigmática do STF significa, portanto, que não poderá ocorrer a despedida em massa dos trabalhadores sem a negociação coletiva prévia entre a empresa e o sindicato profissional da respectiva categoria profissional desses trabalhadores despedidos.

Essa negociação coletiva – expressão polissêmica – deve ser entendida, como visto na primeira parte, na informação da empresa aos trabalhadores despedidos e seu sindicato profissional sobre a causa objetiva de ordem econômica ou técnica que justificasse a despedida em massa de trabalhadores em proporção à real necessidade empresarial, compreendendo a seguir a tentativa da sua substituição por soluções menos dramáticas que a despedida em massa ou então, caso fosse de todo inviável essa solução alternativa, como já visto, a construção de uma relação dos despedidos em que fossem protegidos, por exemplo, aqueles trabalhadores com prole ou mais próximos da aposentadoria.

Por fim, deve-se dizer que essa decisão com repercussão geral do STF (Tema nº 638) conferiu interpretação conforme o artigo 477-A da CLT com a redação dada pela Lei nº 17.367, de

13 de julho de 2017 sobre a reforma trabalhista, que prescreve que as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade, pois, pela hipótese da decisão judicial, de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

A seguir, a terceira e última parte sobre as consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa.

III. Consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa

Impõe-se, pois, o exame das consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa.

Essa medida é complementar à decisão paradigmática do STF com repercussão geral (Tema 638), examinada na segunda parte desta exposição, para que se dê a máxima efetividade ao direito fundamental social e trabalhista da proteção do núcleo essencial da relação de emprego contra a despedida arbitrária coletiva, na conformidade do disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, matéria da primeira parte desta exposição.

Com efeito, essa questão ora examinada na terceira parte desta exposição está essencialmente relacionada à sanção, uma vez que, conforme a doutrina tanto de Hans Kensel quanto a de Norberto Bobbio, ela, a sanção, é a forma por excelência de coerção necessária para a efetividade sobretudo do direito fundamental social e trabalhista objeto do presente estudo.

Portanto, a consequência jurídica perseguida deve estar relacionada com os fundamentos da noção do direito fundamental social e trabalhista em apreço examinados na primeira parte deste trabalho, bem como na *ratio decidendi* da decisão do STF (Tema 638), encontrada na segunda parte.

Ora, na primeira parte foi demonstrado que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária e coletiva reside na afirmação de que o núcleo essencial desse direito, previsto pelo artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, tem a imediata efetividade na conformidade do artigo 5º, § 1º, também do texto constitucional, com sua irradiação no direito civil, com aplicação nos artigos 187 e 422, vale dizer que a relação contratual privada entre empresa e trabalhadores deve ser presidida pela boa-fé objetiva e seus deveres anexos de informar e negociar.

Assim, a despedida coletiva sem a prévia informação pela empresa empregadora da motivação e a tentativa da negociação coletiva com os trabalhadores atingidos e o respectivo sindicato profissional implica a prática de ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, bem como implica a sanção, que é a obrigação de indenizar nos termos dos artigos 927 e 944, ambos do Código Civil

Também a *ratio decidendi* da decisão do STF (Tema 638), conforme fundamentação dos votos vencedores e divergentes dos Ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, que entenderam ser a despedida em massa sem negociação prévia ato ilícito por violação da boa-fé objetiva, prevista pelos artigos 187 e 422 do Código Civil.

A propósito, o próprio plenário do STF decidiu com repercussão geral, julgando o RE 179193, na sessão de 18/12/1996,

cujo acórdão foi publicado DJ de 19/10/2001, Ata nº 32/2001, com a relatoria do então Ministro Moreira Alves, que “*não estabeleceu a Constituição de 1988, qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, como decorre, inequivocamente, do inciso I, artigo 7º, da Constituição, a proteção de que ela dá à relação de emprego contra a despedida ou sem justa causa é a indenização compensatória, que a lei terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha estabelecer, exceto, evidentemente, a estabilidade plena que daria margem a um bis in idem inadmissível com a indenização compensatória como se vê da disciplina provisória que encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT*”.

Ora, se o texto constitucional brasileiro não admite, nem por regulamentação através de lei complementar, a consequência jurídica da estabilidade no emprego, mas somente a indenização compensatória por violação da proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, com mais razão e também pelo raciocínio lógico que a consequência da sanção por ausência de negociação coletiva prévia nas despedidas em massa não poderia resultar na sustação dessas despedidas e a determinação da reintegração dos trabalhadores atingidos, mas tão-somente a declaração de sua ilicitude por abuso de direito, por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, trazendo como consequência, uma vez consumada a despedida em massa, a condenação de indenização reparadora, sendo certo que, para tanto, serviria como paradigma o acórdão 333/2009 do Proc. TRT/Campinas 15ª Região, nos autos do processo 00309200900015004-DC, mencionado na segunda parte do presente estudo, referente à paradigmática ação trabalhista matriz face à despedida em massa em 2008 dos trabalhadores promovida pela Embraer.

Adotando posicionamento diferente e equivocado, o TST nos autos do Processo nº TST-RR-487.33.487-33.2018.5.20.0009, com a relatoria do Ministro Alberto Bastos Balazeiro, em recente decisão do dia 13 de dezembro de 2023, houve por bem restabelecer a decisão da Vara do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Piauí, que, atendendo pedido inicial equivocado do MPT, houve por bem conceder tutela antecipada em ação civil pública e declarar a inconstitucionalidade difusa do artigo 477-A da CLT, acrescido pela Lei n. 13.457/2017, determinando que a empresa empregadora se abstivesse de despedir coletivamente sem prévia negociação coletiva com o respectivo sindicato profissional, sob pena de pagamento de multa diária.

A decisão em comento do TST teve como fundamento a decisão do STF no RE 999.435/SP, com repercussão geral (Tema 638), no sentido de que a intervenção sindical profissional prévia é exigência procedimental para a dispensa coletiva em massa.

Ora, de todo o exposto, embora essa recente decisão em comento do TST tenha procurado dar eficácia ao direito fundamental social e à proteção contra a despedida arbitrária e em massa dos trabalhadores, sem negociação prévia, fê-lo de forma equivocada, com conclusão extravagante e ativismo judicial, quando deveria, nos termos do artigo 2.035, parágrafo único do Código Civil, por estar *sub judice* matéria de ordem pública consistente na função social do contrato de trabalho, com previsão no artigo 421 da CLT, uma vez que provavelmente à época estivesse consumada a despedida em massa sem negociação prévia, já sob a competência do TST, declarar abusiva e ilícita a despedida em massa, com a condenação da empresa no pagamento de indenização reparadora, como o fez o Acórdão 333/2009 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região-Campinas, nos autos do Processo nº 00309200900015004-DC,

no caso da Embraer, como já visto, quando o pedido inicial dos Sindicatos profissionais, em dissídio coletivo de natureza jurídica, foi também equivocado ao pedir em juízo a declaração de nulidade da despedida em massa dos trabalhadores e sua reintegração no emprego.

Em ambos os casos não haveria violação do princípio da congruência com a declaração da ilicitude das despedidas coletivas por violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos consistentes no dever de informar e negociar previamente à despedida em massa, embora não expressamente pleiteada em ambas as hipóteses, e consequente indenização reparadora para cada empregado despedido, valendo-se, para tanto, da lição do jurista paulista Nelson Neri Júnior (*Contratos no Código Civil*, in *O novo Código Civil -Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, págs.418-464, Editora LTr., 2ª edição, janeiro de 2006, ao dizer que “ *a cláusula geral é de ordem pública (v.g. CC 2.035, parágrafo único) e deve ser aplicada ex-officio pelo juiz ... com essa aplicação de ofício não se coloca o problema incongruente com o pedido (extra, ultra ou infra petita), pois o juiz, desde que haja processo em curso, não depende de pedido da parte para aplicá-la a uma determinada situação...Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar ... uma vez que a natureza jurídica das cláusulas gerais (exemplo da boa-fé objetiva e seus deveres anexos e da função contratual do contrato) é norma jurídica, que produz efeitos jurídicos, geradores de direitos e obrigações, servindo como função instrumentalizadora, vale dizer, o juiz deve servir-se de sua enunciação abstrata, para dizer, na situação concreta que se lhe apresenta, o que seria dar função social àquele determinado contrato que está sob sua análise*”.

Conclusão

Essa consequência jurídica indenizatória em decorrência da inexistência da negociação prévia nas despedidas em massa examinada especialmente na terceira parte deste trabalho, após os fundamentos jurídicos trazidos nas duas primeiras partes, que resultou na efetividade desse direito fundamental social e trabalhista da negociação coletiva prévia nessas despedidas em massa, significa a modernização das relações coletivas de trabalho no Brasil ao garantir, na hipótese em comento, o justo objetivo, segundo Michel Villey, traduzido, como visto, na justiça comutativa e na paz social.

Significa ainda ombrear, no particular, o direito do trabalho brasileiro aos direitos dos países da União Europeia, construídos pela aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela implementação das diretivas sobre a matéria aprovadas pelo Parlamento Europeu.

A propósito, em 1927, o jurista francês Georges Scelle já dizia que, no passado, nas relações de trabalho, prevalecia a lei do patrão, sendo o contrato de trabalho mera adesão do empregado, e que, em sua época, prevalecia o direito do Estado, com leis imperativas e de ordem pública em favor dos trabalhadores, e, no futuro – em nossos dias de hoje - prevaleceria o direito das partes, que são empresa e trabalhadores, sobretudo aqueles eleitos para poderem negociar a gestão no interior da empresa (exemplos nos artigos 7º, inciso XI, e 11, ambos do texto constitucional e artigos 510-A a 510-D, todos da CLT) e a negociação coletiva em suas diferentes formas, como, aliás, previsto pela Convenção nº 154 de 1981, ratificada pelo Brasil, e pelos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição de 1988.

Portanto, a proteção da despedida em massa pressupõe a exigência da negociação coletiva prévia como ato da modernidade do direito do trabalho, cujo descumprimento implica sua ilicitude a ser reparada por indenização compensatória e arbitrada judicialmente.



A REDUÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO STF

Ivete Ribeiro^()*

1. Escorço histórico

Os artigos 122, da Constituição Federal de 1934 e 139, da Constituição da Federal 1937, previram a instituição da Justiça do Trabalho, determinação apenas implementada pelo Decreto-lei 1.237, de 02 de maio de 1939, regulamentada pelo Decreto 6.596, de 12 de dezembro de 1940 e instalada em 1º de maio de 1941, tendo Getúlio Vargas pronunciado:

“A Justiça do Trabalho, que declaro instalada neste histórico Primeiro de Maio, tem essa missão. Cumpre-lhe defender de todos os perigos nossa modelar legislação social-trabalhista, aprimorá-la pela jurisprudência coerente e pela retidão e firmeza das sentenças. Da nova magistratura outra coisa não esperam Governo, Empregados e Empregadores”.

O Decreto-lei 9.797, de 09 de setembro de 1946 incluiu a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, o que foi repetido pelo artigo 94, da Constituição de 1946.

(*) Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região; Professora Assistente do Curso de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Curso Graduado de Especialização em Direito do Trabalho, Instituto de Direito do Trabalho - Faculdade de Direito de Lisboa; Mestre em Direito: Direito das Relações Sociais – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Nos termos do artigo 123, da Constituição Federal de 1946, competia à Justiça do Trabalho:

“ Art 123 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.

§ 1º – Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária.”

Tal norma foi reproduzida pelo artigo 134, da Constituição de 1967, tendo o artigo 142, da Carta de 1969, determinado que “compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei, outras controvérsias oriundas de relação de trabalho.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, previa:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”

A Emenda Constitucional 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho nos seguintes termos:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

- III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
- IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
- V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
- VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
- VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
- VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
- IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

2. A redução da competência constitucional da Justiça do Trabalho pelos Tribunais Superiores.

Não obstante o constituinte tenha ampliado a competência da Justiça do Trabalho, para não mais a limitar ao julgamento das demandas regidas pela CLT, observa-se, na jurisprudência dos últimos vinte anos, o desrespeito à *ratio* da Constituição Federal.

Importante ressaltar que, de acordo com o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, definido por Canotilho nos seguintes termos:

“Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora

a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (*no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*)”⁽²⁾

Destarte, o interprete, ao aplicar a norma constitucional, deve lhe dar o significado que mais atribua eficácia à *ratio* do Constituinte, sendo-lhe defeso retirar a força normativa imperativa do conteúdo da Constituição.

Nesse sentido, segundo célebre lição de Raymond Saleilles, “au-delà du Code Civil, mais par le Code Civil”, ou seja pode o hermeneuta ir além da Constituição, mas sempre pela Constituição e por seus termos, sem deturpar as regras e princípios instituídos na norma máxima e que garante a segurança jurídica de todos.

Traçados tais fundamentos, passo a analisar a casuística que tem retirado a eficácia do artigo 114, da Constituição da República.

2.1. Cobrança de honorários advocatícios (Tema 305, de Repercussão Geral, do STF)

Como analisado, o artigo 114, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, determina competir à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações “oriundas da relação de trabalho”.

Obviamente, a relação estabelecida entre advogado e seu cliente consiste em prestação de serviços, ou seja, em relação de trabalho, o que atrai a competência da Justiça especializada para apreciação.

(2) Direito Constitucional. 5ª edição. Coimbra: Almedina. 1993. p. 227.

No entanto, o STF, ao julgar o Tema 305, de Repercussão Geral, entendeu que:

“EMENTA Recurso extraordinário – Repercussão geral reconhecida – Ação de cobrança de honorários advocatícios – Verbas arbitradas em favor da recorrida em razão de sua atuação como defensora dativa – Inexistência de relação de trabalho a justificar seu processamento perante uma vara da Justiça Federal do Trabalho – Relação mantida entre as partes que é de cunho meramente administrativo – Reconhecimento da competência da Justiça comum estadual para o processamento do feito – Recurso provido.

(STF, RE 607520, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25-05-2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-118 DIVULG 20-06-2011 PUBLIC 21-06-2011 EMENT VOL-02548-02 PP-00204 RSJADV jul., 2011, p. 59-65 REVJMG v. 62, n. 197, 2011, p. 433-437)

2.2. Empregados públicos (ADI 3395)

Nos autos da ADI 3395, o STF decidiu que:

“Ementa: CONSTITUCIONAL E TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART.114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EXPRESSÃO “RELAÇÃO DE TRABALHO”. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DAS AÇÕES ENTRE O PODER PÚBLICO E SEUS SERVIDORES. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. O processo legislativo para edição da Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, é, do ponto de vista formal, constitucionalmente hígido. 2. A interpretação adequadamente constitucional da expressão “relação do trabalho” deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária,

em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores. 3. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente.

(STF, ADI 3395, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 30-06-2020 PUBLIC 01-07-2020)

O artigo 114, I, da Constituição da República fixa a competência da Justiça do trabalho para julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

O Constituinte, portanto, determinou, claramente, que compete à Justiça do Trabalho julgar qualquer demanda referente a relações de trabalho, ainda que em relação aos entes públicos, razão pela qual a decisão proferida na ADI 3395 ofende a direta e expressa dicção da Constituição.

2.3. Transportador autônomo de cargas (ADC 48)

Dispõe o artigo 5º, §3º, da Lei 11.442/2007 que “competete à justiça comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transportes de cargas”.

Do confronto do texto da lei, com o artigo 114, I, da CF/1988, resta claro compete à Justiça do Trabalho, e apenas a ela, apreciar as questões referentes às relações de trabalho, sendo defeso ao legislador infraconstitucional excluir da apreciação da Justiça Especializada a apreciação de demandas concernentes aos contratos de trabalho.

Não obstante a clara determinação do constituinte, o STF, ao julgar a ADC 48, reputou constitucional tal norma e atribuiu

à Justiça comum a competência para declarar ou não a existência de vínculo de empregado, conforme se observa abaixo:

“Direito do Trabalho. Ação Declaratória da Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade. Transporte rodoviário de cargas. Lei 11.442/2007, que previu a terceirização da atividade-fim. Vínculo meramente comercial. Não configuração de relação de emprego. 1. A Lei nº 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art. 170). A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação de emprego (CF/1988, art. 7º). Precedente: ADPF 524, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art. 18 da Lei 11.442/2007, à luz do art. 7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1 – A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 – O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 – Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”

(STF, ADC: 48 DF – DISTRITO FEDERAL 0008745-84.2017.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-123 19-05-2020)

2.4. Trabalho em aplicativo (Reclamação 59.795)

Não bastasse a clara inconstitucionalidade do artigo 5º, §3º, da Lei 11.442/2007, que afronta a literalidade do artigo 114, I, da Constituição Federal, o STF, nos autos da reclamação 59.795, interpretou de forma extensiva a norma infraconstitucional, para a aplicar à discussão acerca da existência de relação empregatícia entre trabalhador e plataforma digital de transporte.

Constitui regra basilar de hermenêutica que as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente. Assim, norma que reduz a eficácia de regra constitucional jamais poderia ser interpretada de forma ampliativa, de modo a esvaziar ainda mais o conteúdo de determinação constitucional.

2.5. Representante comercial (Tema 550, de Repercussão Geral, do STF)

O STF, ao julgar o Tema 550, de Repercussão Geral, decidiu:

“EMENTA: Direito Constitucional e do Trabalho. Repercussão Geral. Contrato de representação comercial Autônoma, regido pela Lei nº 4.886/65. Não configuração de relação de trabalho prevista no art. 114, CF. 1. Recurso Extraordinário interposto contra decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, em que se alega afronta ao art. 114, incisos I e IX, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 45/2004. Na origem, cuida-se de ação de cobrança de comissões sobre vendas decorrentes de contrato de representação comercial autônoma, ajuizada pelo representante, pessoa física, em face do representado. 2. As atividades de representação comercial autônoma configuram contrato

típico de natureza comercial, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, a qual prevê (i) o exercício da representação por pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis e (ii) a competência da Justiça comum para o julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado. 3. Na atividade de representação comercial autônoma, inexistente entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas relação comercial regida por legislação especial (Lei nº 4.886/65). Por conseguinte, a situação não foi afetada pelas alterações introduzidas pela EC nº 45/2004, que versa sobre hipótese distinta ao tratar da relação de trabalho no art. 114 da Constituição. 4. A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de trabalho (CF/1988, art. 7º). Precedentes. 5. Ademais, os autos tratam de pedido de pagamento de comissões atrasadas. O pedido e a causa de pedir não têm natureza trabalhista, a reforçar a competência do Juízo Comum para o julgamento da demanda. 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento, para assentar a competência da Justiça comum, com a fixação da seguinte tese: ‘Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes’.

(STF, RE 606003, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020)

Tal entendimento afronta a literalidade do artigo 114, I, da CF/88, pois a representação comercial constitui clara relação de trabalho, o que insere no âmbito de competência da Justiça do Trabalho a competência para apreciação de eventual fraude na contratação e reconhecimento de relação empregatícia no

contrato firmada, bem como, caso seja lícita a contratação, o julgamento das questões referentes à relação contratual de trabalho entre as partes.

2.6. Contribuições previdenciárias (Tema 36, de Repercussão Geral, do STF)

Ao julgar o Tema 36, de Repercussão Geral, o STF fixou a tese pela qual:

“EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Competência da Justiça do Trabalho. Alcance do art. 114, VIII, da Constituição Federal. 1. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir. 2. Recurso extraordinário conhecido e desprovido”

(STF, RE 569056, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 11-09-2008, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-05 PP-00848 RTJ VOL-00208-02 PP-00859 RDEC-TRAB v. 16, n. 178, 2009, p. 132-148 RET v. 12, n. 72, 2010, p. 73-85)

E, nos embargos de declaração, julgou:

“EMENTA Embargos de declaração em recurso extraordinário decidido pelo Plenário. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Competência da Justiça do Trabalho. Alcance do art. 114, VIII, da Constituição Federal. Ausência de omissão ou de vícios. Modulação incabível na espécie. Embargos rejeitados. 1. Não houve omissão no julgamento atacado, na medida em que o venerando acórdão, de fato, não declarou a inconstitucionalidade do art. 876, parágrafo único, da CLT, porquanto o acórdão recorrido, da lavra do Tribunal Superior do Trabalho, não reconheceu, de forma expressa, a inconstitucionalidade dessa norma.

2. A pretensão da parte embargante de que seja reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições decorrentes de sentenças declaratórias e de sentenças homologatórias de acordo sempre que houver determinação expressa de “comprovação das contribuições incidentes sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido e anotado na CTPS do obreiro”, além de possuir caráter infringente, o que é defeso, colide diretamente com o cerne do mérito julgado, o qual foi detalhado no voto vencedor. 3. Não se vislumbra a existência de interesse social ou público, tampouco de violação do princípio da segurança jurídica. Pedido de modulação indeferido. 4. Embargos de declaração rejeitados.

(RE 569056 ED, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19-11-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30-01-2015 PUBLIC 02-02-2015)

O Artigo 114, VIII, da Constituição atribui a competência da Justiça do Trabalho para “a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”

O constituinte fixou de forma clara que compete à Justiça do Trabalho “a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”, sem especificar o tipo de provimento jurisdicional, sendo certo ser cediço, conforme já julgado pelo próprio STF, que “onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, muito menos para adotar óptica que acabe por prejudicar aquele a quem o preceito visa a proteger”⁽³⁾.

(3) AI 481022 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07-04-2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-07 PP-01430)

2.7. Greve de empregado público (Tema 544, de Repercussão Geral, do STF)

Nos termos do artigo 114, II, da CF/88, cabe à Justiça do Trabalho julgar “as ações que envolvam exercício do direito de greve”.

Entretanto, o STF, em mais uma interpretação restritiva na eficácia da norma constitucional, entendeu que:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA LEGALIDADE DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS CELETISTAS. JUSTIÇA COMUM. FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. É competência da justiça comum, federal ou estadual, conforme o caso, o julgamento de dissídio de greve promovida por servidores públicos, na linha do precedente firmado no MI 670 (Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2008). 2. As Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8º, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º, CF), pelo que se submetem às restrições firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 654.432 (Rel. Min. EDSON FACHIN, redator para acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 5/4/2017). 3. A essencialidade das atividades desempenhadas pelos servidores públicos conduz à aplicação da regra de competência firmada pelo Supremo Tribunal Federal no MI 670, mesmo em se tratando de servidores contratados pelo Estado sob o regime celetista. 4. Negado provimento ao recurso extraordinário e fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A Justiça Comum Federal ou Estadual é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações de direito público”.

(STF, RE 846854, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018)

O Constituinte determinou que compete à Justiça do Trabalho julgar as demandas nas quais se discute o direito de greve, sendo defeso ao legislador infraconstitucional ou aos tribunais negar vigência à norma constitucional, sendo clara a impossibilidade de se atribuir, jurisprudencialmente, à Justiça comum, o poder para dirimir conflitos sobre greve, qualquer que seja a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes.

2.8. Dispensa em empregado público (Tema 606, de Repercussão Geral, do STF) e pedido formulado por empregado público referente a parcela de natureza administrativa (Tema 1143, de Repercussão Geral, do STF)

Dispõe o artigo 114, I, parte final que:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”;

Portanto, a competência da Justiça do Trabalho abrange a apreciação das questões referentes aos contratos de trabalho, incluídos aqueles firmados com o Poder Público.

Assim, resta claro que a Justiça do Trabalho, e apenas ela, pode decidir acerca de todas as questões relativas entre os entes públicos e os servidores, sendo contrário à literalidade e à *ratio* do artigo 114, I, da CF/88, reconhecer a competência da Justiça comum para apreciar as demandas referentes a dispensa em empregado público (Tema 606, de Repercussão Geral, do STF) e aquelas fundadas em parcela de natureza administrativa (Tema 1143, de Repercussão Geral, do STF), eis que o constituinte não excepcional qualquer matéria, sendo defeso ao intérprete o fazer.



NEGOCIADO X LEGISLADO: AMPLIANDO HORIZONTES

Luiz Marcelo Góis^()*

Introdução

Muitas vezes a impressão que se tem ao comentar sobre o “negociado x legislado” é de se estar andando em círculos. Caminha-se, mas não se chega ao destino. Digo isso pois me lembro da época em que ainda era estudante universitário, quando já se discutia os limites da “flexibilização” de direitos pela via negociada.

De lá pra cá passamos por uma Reforma Trabalhista e por um julgamento emblemático sobre o tema, que traçou contornos para definir o que pode e o que não pode ser objeto de negociação, mas não estabeleceu quais direitos são e quais não “absolutamente indisponíveis”.

Se nesses quase 25 anos não foi possível consensar sobre esses limites, não terá este artigo a pretensão de tentar fazê-lo.

Porém, talvez seja útil para a compreensão do atual estado de coisas tentar ampliar o espectro na análise desse assunto.

(*) Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Sócio de Góis, Braga, Mendonça Advogados.

Tentar abandonar a visão microscópica sobre se “isso” ou “aquilo” é absolutamente indisponível, para tentar entender o que fez essa discussão chegar ao atual estado de coisas.

Será que responder – de forma objetiva e segura – o que pode ser objeto de negociação coletiva é realmente tão difícil? Será que o Direito do Trabalho – enquanto ciência jurídica – já não oferece respostas?

Talvez a complexidade surgida em torno do tema não tenha origem no Direito do Trabalho, mas em questões políticas ou filosóficas em torno da relação empregado-empregador. E, sendo esse o caso, até que ponto a disciplina trabalhista deve estar aberta e ser permeada pela influência desses ramos da ciência humana?

Essa ampliação de espectro pode eventualmente oxigenar as lentes sob as quais estamos lendo a questão do “negociado x legislado” e - quem sabe – oferecer novas perspectivas para compreendê-la.

1. História

• *Período pré-Reforma Trabalhista*

“Patamar mínimo civilizatório”.

Essa enigmática expressão, de modo geral, pautava a da jurisprudência quando provocada a analisar se um direito podia ou não ser flexibilizado por uma norma coletiva.

Se o direito não estivesse circunscrito a esse “patamar mínimo”, ele era passível de negociação. Por outro lado, se ultrapassasse essa fronteira esmaçante, a negociação padeceria de nulidade, pois não estaria respeitando limites constitucionais ou legais.

A decomposição jurídica da avaliação acima era a seguinte: a Constituição assegura a qualquer trabalhador direitos fundamentais sociais.

O empregado tem direito, por exemplo, a Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 7º, III), décimo terceiro salário (art. 7º, VIII) e repouso semanal remunerado (art. 7º, XV). Cláusulas de acordos ou convenções coletivos que eventualmente flexibilizassem tais direitos eram nulas, pois estariam afetando esse núcleo duro.

Alguém diria: mas a Constituição também não assegura como direito fundamental social o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI)?

A resposta: sim, mas é “mais civilizatório” assegurar o FGTS, o 13º e o RSR do que respeitar a norma coletiva. Afinal, quando dois direitos de mesmo patamar constitucional entram em choque, um deles precisa prevalecer. E a ponderação de interesses, feita sob o crivo da proporcionalidade e com o indispensável tempero do princípio da dignidade humana, traz peso para o prato da balança no qual se encontram os direitos individuais dos trabalhadores.

O raciocínio acima, além de lógico, é fácil e não desperta maiores divergências no meio acadêmico.

O problema é que o “rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas previsto no art. 7º da Constituição” e “patamar mínimo civilizatório” não eram sinônimos.

Trabalhar em sobrejornada, por exemplo, poderia ferir esse patamar mínimo se a prática de horas extras fosse habitual. Então, flexibilizar a jornada de trabalho se tornava potencialmente ilícito.

Da mesma forma, suprimir algum benefício sem expressa previsão de compensação na norma coletiva poderia significar precarização do trabalho e, conseqüentemente, afronta ao “patamar mínimo civilizatório” do trabalhador.

E assim, casuisticamente, iam-se anulando ou não normas coletivas a partir da avaliação concreta por parte de um magistrado do tamanho do prejuízo experimentado pelos trabalhadores ao final de uma negociação coletiva.

A flexibilização de direitos trabalhistas se tornava, assim, um jogo de roleta. O acordo ou a convenção coletiva paravam de pé dependendo do “entendimento” do Judiciário sobre conceito de “patamar mínimo civilizatório”.

A insegurança jurídica era o preço a se pagar em troca de um maior senso de “justiça” ou “equidade” para as relações coletivas de trabalho no Brasil.

• *Reforma trabalhista*

Até que no final de 2017 veio a Reforma Trabalhista, trazendo expressamente para o *caput* do art. 611-A da CLT a regra de que “o negociado prevalece sobre o legislado”.

Para que não restassem dúvidas, a Reforma Trabalhista elencou no artigo seguinte o rol de direitos que não seriam passíveis de negociação *in pejus* para o trabalhador. Aqueles direitos seriam os únicos que não poderiam ser negociados, já que o *caput* do art. 611-B afirmava categoricamente que “*exclusivamente*” eles estariam fora do espectro de flexibilização pela via negociada.

E para sepultar qualquer discussão a Reforma ainda disse que regras relativas a duração do trabalho e intervalos são pas-

síveis de negociação (art. 611-B, parágrafo único, CLT) e que o Poder Judiciário somente poderia anular a norma coletiva quando deparasse com um vício do negócio jurídico (art. 8º, §3º, CLT).

Isso levou meu conterrâneo Otavio Torres Calvet, ainda em 2021, a afirmar em um de seus artigos semanais que *“a regra agora é que os próprios atores sociais possuem o poder de se autor-regulamentar, ficando eliminada a insegurança jurídica acerca do objeto da negociação”*⁽²⁾.

O Brasil havia finalmente adotado no ordenamento o que em Portugal se chama “normas convênio-dispositivas”⁽³⁾. Aqui, tudo seria “convênio-dispositivo”, salvo aquele rol exaustivo do art. 611-B.

Pronto. Problema resolvido. Insegurança jurídica eliminada.

Mas e o “patamar mínimo civilizatório”? Será que o rol do art. 611-B da CLT conseguiu contemplar esse conceito intangível? Será que se a empresa combinar com o sindicato que os empregados terão menos tempo de descanso isso não afetará a saúde deles? Será que a saúde não é um bem jurídico fundamental tutelado pela Constituição? Será que não é indigno exigir que o empregado trabalhe sem usufruir de todo o descanso regulamentar?

Enfim, será que o legislador não está errado??

Esses questionamentos – todos de suma importância – mantiveram acesa a discussão que a Reforma Trabalhista tentou sepultar. A Reforma Trabalhista poderia ser inconstitucional quando afirma que o negociado prevalece sobre o legislado.

(2) CALVET, Otavio Torres. *Ilusionismo Trabalhista: O Show Tem Que Acabar*. Brasília: Editora Venturoli, 2024, p. 53.

(3) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 216 e ss.

E, de “entendimento” em “entendimento”, muitos juízes do trabalho começaram a não aplicar a regra do art. 611-A da CLT. Era preciso defender o senso de “justiça” e “equidade”, mesmo que *contra legem*; ou *contra* uma *legem* entendida por inconstitucional.

Bem-vinda de volta, insegurança jurídica! Seu assento nunca esfriou.

- *O STF em cena*

Insegurança jurídica mantida, a discussão chegou indiretamente no STF no julgamento do ARE 1.121.633. Embora o caso não tratasse diretamente dos arts. 611-A e B da CLT, ele versava sobre a celeuma do “negociado x legislado” e dos limites da negociação coletiva que flexibiliza direitos dos trabalhadores⁽⁴⁾.

Ao final do julgamento, o STF fixou a já conhecida tese, como o Tema 1.046 de repercussão geral: “*São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis*”.

Sob o aspecto da segurança jurídica, a tese vem muito bem até as três últimas palavras: “direitos absolutamente indisponíveis”.

(4) O Tribunal Constitucional de Portugal também foi convidado a se debruçar sobre os limites da flexibilização de direitos trabalhistas por ocasião da elaboração do Código de Trabalho português de 2009. Ao final, o Tribunal reconheceu a autonomia coletiva como direito fundamental dos trabalhadores e prestigiou a possibilidade de pactuação *in pejus* para os empregados, nos limites estabelecidos na lei (Ac. TC nº 306/2003, de 25 de junho de 2003).

É livre a pactuação coletiva sobre tudo (todos os direitos trabalhistas são convênio-dispositivos), salvo sobre “direitos absolutamente indisponíveis”.

No corpo do voto condutor do julgamento, o relator – Min. Gilmar Mendes –, (como também o fez o Min. André Mendonça em seu voto) chegou a usar a expressão “*constitucionalmente assegurados*”, ao se referir aos “direitos absolutamente indisponíveis”. Isso eliminaria margem para discussões sobre quais são esses direitos (eles seriam aqueles expressamente previstos na Constituição Federal). Mas, ao final, a tese não aludiu expressamente a esses direitos “*constitucionalmente assegurados*”.

Essa lacuna conceitual permitiu que permanecesse acesa a discussão sobre os limites da negociação coletiva. “Direitos absolutamente indisponíveis” são agora a versão 2.0 do “patamar mínimo civilizatório” (essa expressão também é usada no voto condutor). Um novo conceito aberto que permite ao magistrado concretizá-lo conforme sua própria percepção do que seja ou do que não seja “absolutamente indisponível”.

• *E agora?*

E aqui estamos, ainda envoltos a uma neblina que nos faz enxergar um horizonte turvo. Sabemos que ele está lá, mas não temos certeza de onde ou a que distância. Ou seja, sabemos que a flexibilização é possível e temos noção de que ela não pode afetar direitos absolutamente indisponíveis. Mas a margem para “entendimentos” e “interpretações” segue presente, impedindo assegurar que uma norma coletiva será validada quando levada à apreciação jurisdicional.

Porém, mesmo na neblina há mapas e bússolas (os mais novos dirão “GPS”) para servirem de contextualização e guia.

O nosso primeiro mapa para tentar explicar o atual estado de coisas será a compreensão filosófica de como o Poder Ju-

diciário avalia a questão. Em seguida tentaremos entender a influência política por trás do receio em se atribuir verdadeira autonomia à vontade coletiva, para, finalmente, propormos uma solução estritamente jurídica para a questão.

2. Explicação filosófica: jurisprudência dos valores ou retorno ao positivismo?

Era uma vez o positivismo. Uma forma de pensar a ciência do direito a partir das regras positivadas. Elas seriam soberanas e suficientes para explicar o mundo jurídico e oferecer as soluções necessárias para o convívio em sociedade.

Mas, a experiência prática sabotou o positivismo.

O primeiro sabotador foi a evolução tecnológica e das próprias interações humanas.

É que o mundo muda e as leis ficam inevitavelmente obsoletas. Ou então demoram a ser editadas para reger uma situação jurídica recém-criada. É que o processo legislativo vem a reboque dos avanços sociais. E, enquanto a lei nova não chega, o juiz fica com a ingrata tarefa de dar uma solução para os conflitos que lhe são postos a julgar, decorrentes dos fenômenos sociais até então inexistentes. Nestes momentos, a simples subsunção (fato-norma) passa a não ser suficiente para pacificar a questão e o juiz precisa se valer de outra solução que não a letra fria da lei.

O segundo sabotador do positivismo foi a hermenêutica. Afinal, para aplicar a lei o juiz precisa, antes, interpretá-la⁽⁵⁾;

(5) “A subsunção requer (...) em muitos, se não na maioria, dos casos, que a norma à qual a situação de fato deva ser subsumida seja previamente interpretada, isto é, que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante.” LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 1997, p. 165.

apreender o sentido das suas palavras, a intenção do legislador ao editá-la, conjugá-la com outras normas...

Então, mesmo quando a lei não está obsoleta, ela exige que um juiz extraia dela um sentido a partir de um crivo pessoal e exclusivamente seu. Como juízes são inúmeros e diferentes entre si, é natural que interpretações da lei divirjam, de modo que alguns casos semelhantes acabam sendo julgados de forma diferente.

E nesse contexto, surge um terceiro e implacável sabotador do positivismo: o “valor”.

É que a interpretação feita pelo juiz sobre determinada lei passa necessariamente por tentar extrair dela o “valor” (bem jurídico) que essa mesma lei se propôs a tutelar. É como se o juiz estivesse diante de uma pedreira com uma picareta nas mãos, desferindo golpes até localizar o diamante no centro do pedregulho. Esse diamante é o valor tutelado pela regra positivada. É ele quem se deve buscar proteger ao julgar determinado caso.

Mas a busca pelo valor também exige que o juiz – ele próprio, na condição de ser humano premido de experiências próprias e sentimentos – imprima nessa cruzada os seus próprios “valores pessoais”, de um modo que esse histórico pessoal do magistrado o guiará na interpretação da lei, na apreensão do valor por ela tutelado e, ao final, na proteção dada a esse valor na solução do caso concreto.

Esse processo jurídico-psicológico (onde o valor subjacente à lei se funde aos valores pessoais do magistrado) torna o valor mais importante que a própria lei que o positivou. Por isso, nem sempre é fundamental aplicar exatamente a lei se ela – no “entendimento” do juiz – se tornou obsoleta (e, por isso,

passou a não regulamentar satisfatoriamente o valor que a subjaz), ou não é capaz de regulamentar uma situação até então inexistente, ou, ainda, se não tutela adequadamente o valor que se propõe a proteger⁽⁶⁾.

Soma-se a essa realidade o fato de que muitas leis trazem em si cláusulas abertas e conceitos indeterminados⁽⁷⁾ (“dignidade da pessoa humana”, “valor social do trabalho”, “função social” etc.), que precisam ser concretizados também pelo magistrado na avaliação de casos concretos. Avaliação esta feita a partir da sopa de valores em questão.

Todo esse processo fez com que o positivismo desse lugar ao que se convencionou chamar de “jurisprudência dos valores”, base do pós-positivismo que se mostra presente nos dias atuais.

Na dogmática atual, é dado ao juiz proteger mais o valor do que a própria lei. Nesse exercício a lei vira uma argila que o magistrado molda para conseguir, no caso concreto, concretizar os valores de acordo com suas convicções de justiça e equidade.

E o salvo-conduto para esse processo de interpretação é a

(6) A respeito da maior importância do valor do que da lei, DIETER SIMON chegou a sugerir que “a pretensa supremacia da lei seria uma ilusão” (*Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, p. 88).

(7) “É manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas ferais. Aqui apresenta-se somente um quadro muito geral que o juiz, no caso concreto, terá de preencher mediante uma valoração adicional. Tal acontece igualmente nos casos em que se deparam novas questões relativamente às quais não pôde ainda o legislador tomar posição, ou quando desaparecem os pressupostos de que partiu o legislador para efetuar a sua valoração (...). É aqui o juiz remetido para a sua intuição valorativa (...)”. *Idem, ibidem*, pp. 164/165.

própria Constituição, recheada que é com um vasto cardápio de valores fundamentais, os quais, por seu turno, são definidos a partir de conceitos indeterminados (como já dito no exemplo anterior “dignidade humana”, “razoabilidade”, “valor social do trabalho”, “função social” etc.).

Essa compreensão da superação do positivismo pelo pós-positivismo explica em boa medida a discussão atual do negociado x legislado.

A lei – pobre dela – estabeleceu que, salvo quanto à listagem do art. 611-B da CLT, tudo pode ser objeto de negociação coletiva, inclusive para estabelecer condições menos vantajosas para o empregado.

Mas, como visto, na visão dogmática atual do direito a lei é apenas um veículo para concretizar um valor. Nessa perspectiva, se o juiz entende que o valor consagrado nos arts. 5º e 7º da Constituição é proteger o empregado, esse valor pode estar sendo usurpado a partir dos arts. 611-A e B da CLT, caso da negociação coletiva advenha uma norma que reduz direitos trabalhistas. E como a CLT é hierarquicamente inferior à Constituição (de onde se extraiu o valor a ser usado como norte para a atuação jurisdicional) isso o legitima para efetuar uma correção de rumo, afastando a letra da lei em respeito aos valores constitucionais.

E a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal, para essa situação – em que a norma coletiva é invalidada por colidir com um valor constitucional é a de que “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que (...) pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, (...) desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”.

Ou seja, o STF tenta pacificar a questão com mais um conceito indeterminado – “direito absolutamente indisponível” – que, como tal, também precisa ser interpretado, valorado e concretizado pelo juiz.

E assim pulamos de valoração em valoração em um ciclo sem fim⁽⁸⁾. Bem-vindos de volta ao *loop*.

O pós-positivismo infelizmente não ajuda a resolver a questão do “negociado x legislado”.

Sem negar a fundamentalidade dos valores subjacentes às regras positivadas, é preciso reconhecer que essa supremacia desmedida dos valores traz – e sempre trará – um nível de insegurança incompatível com o que a sociedade exige de um sistema jurídico.

Aliás, reduzir a própria Constituição a um apanhado de valores a serem apreendidos aqui e ali na tentativa de trazer ao caso concreto um senso maior de equidade significa colocar de lado a própria Lei Maior, sendo pertinentes aqui as palavras de Juan Antonio García Amado: “*A Constituição se dispositiva ao nela se positivarem valores de fundo. Ou, melhor dizendo, ao positivarem-se valores na Constituição, sua positividade deixa de importar e já passa a contar como Constituição somente estes valores supostamente positivados*”⁽⁹⁾.

(8) Basta olhar os Informativos do Tribunal Superior do Trabalho de abril, maio e junho de 2024 (ou seja, relativo a decisões proferidas quase 2 anos após a definição do Tema 1.046 pelo STF) para perceber que nem mesmo as Turmas daquele Tribunal convergem sobre o conceito de “direito absolutamente indisponível”. Tome-se por exemplo o posicionamento contraditório entre a 3ª e a 5ª Turma sobre a possibilidade de elastecimento da jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento.

(9) GARCÍA AMADO, Juan Antônio. *El derecho y sus circunstancias*, posições nº 1844 e 1865; *apud* GOMES, Fabio Rodrigues. *O retorno ao positivismo jurídico: reflexões críticas de um juiz desencantado*. Niterói: Arthe Comunicação Gráfica. 1ª edição, 2020, p. 45.

Por isso, a primeira conclusão a que se chega a partir da avaliação jurídico-filosófica da celeuma “negociado x legislado” é a seguinte: enquanto não for superado o primado pós-positivista de aplicação da lei a partir de valores, não será possível pacificar a questão. Ela estará sempre sujeita a humores e entendimentos do magistrado no caso concreto; fadada, portanto, à eterna insegurança jurídica.

3. Explicação política: a autonomia privada está subordinada ao poder político

Para além de compreender o tema sob o aspecto filosófico, é relevante perceber que a discussão do “negociado x legislado” traduz outra mais abrangente: o respeito à vontade dos pactuantes e à autonomia privada coletiva.

A opção legislativa, quando a Reforma Trabalhista foi editada, aparentemente foi no sentido de privilegiá-la, o que se afirma com base no trecho final do art. 8º, §3º, da CLT, quando ele prevê que o Poder Judiciário, ao analisar a legalidade de uma norma coletiva, “*balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva*”.

O problema é que o nível de respeito do Estado à autonomia privada varia de acordo com a inclinação político-ideológico do poder dominante. Clóvis do Couto e Silva, ao analisar o tema, pontua que “*Em determinados tipos de Estado, certo é que tal poder [de autorregulação por meio da autonomia privada] se manifesta reduzido, quando reduzida é também a liberdade política*”⁽¹⁰⁾.

(10) SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 24.

Basta perceber, por exemplo, que no Estado Moderno, o soberano tinha plena ingerência sobre a pactuação alheia, podendo inclusive desfazê-la, proibi-la ou modificá-la, em nome do próprio Estado e em prol dos seus interesses.

Por outro lado, “*No Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada*”⁽¹¹⁾.

Na verdade, a autonomia privada nunca foi e nunca será absoluta, em momento histórico algum. Ela sempre se subordinou a regras mínimas de conduta ao ser exercida e também ao controle jurisdicional.

Por exemplo, ainda que em determinado contexto histórico os contratantes tenham plena liberdade para escolher com quem pactuar, bem como a forma e as prestações do negócio jurídico, há sempre balizas a serem observadas, normalmente impostas pela ordem pública e pelo respeito ao direito de terceiros.

Nesse sentido, “*a função do ordenamento jurídico é meramente negativa e limitadora*”⁽¹²⁾. Ele atua como uma régua estabelecendo o nível de liberdade dos particulares no jogo da negociação e pactuação.

Então, o Estado cria essa régua de acordo com sua inclinação político-ideológica, dando aos particulares mais ou menos espaço para se autorregular em sociedade, conforme os interesses do próprio Estado em determinado contexto histórico.

(11) *Idem, ibidem*. P. 25.

(12) *Idem, ibidem*. Mesma página.

Transportando-se essa compreensão para a análise do “negociado x legislado”, passa a ser fundamental olhar para o cenário político atual do nosso país.

As últimas duas eleições presidenciais foram profundamente marcadas por uma polarização ideológica jamais vista. Pior: essa polarização ainda se encontra muito presente, mesmo após a eleição presidencial de 2022. “Nós” versus “eles” é tônica nas padarias, universidades e redes sociais.

E, no meio desse embate ideológico de botequim, está a política econômica do nosso país. O governo anterior, essencialmente liberal; o atual, intervencionista.

É natural, portanto, que nos primeiros anos da Reforma Trabalhista (na vigência do governo anterior) a autonomia privada coletiva gozasse de maior prestígio. Como visto, a régua em regimes liberais é mais generosa para a concertação individual.

Porém, também não é de se espantar que a partir de 2022 (quando se iniciou o mandato do atual governo) fosse revisitado o espectro de atuação outorgado à autonomia privada coletiva, com o objetivo de rever eventuais desvios que pudessem decorrer do “excesso de liberdade” até então existente na pactuação coletiva trabalhista.

Compreendido o momento político-econômico, não é de se espantar que ainda parem dúvidas quanto aos limites da pactuação coletiva em nosso país.

A Reforma Trabalhista, ao tronar a legislação trabalhista, como regra, “convênio-dispositiva”, não conversa com o nosso momento político atual. O acervo legislativo fornecido pelos arts. 611-A e B da CLT não reflete exatamente o pensamento

dominante e essa realidade funciona como combustível para a “jurisprudência dos valores” impor limite à atividade criativa da negociação coletiva, quando prejudicial ao trabalhador.

Assim, constata-se que um segundo aspecto fundamental para compreender a dificuldade de se estabelecer um marco seguro para se definir os limites da flexibilização trabalhista é a tendência a se refrear, em alguma medida, a autonomia privada dos particulares, decorrente da inclinação político-ideológica atual do Governo Federal.

A tendência, ao menos no curto prazo, é que a celeuma do “negociado x legislado” ainda se arraste, ao menos até que se defina um novo marco legislativo ou jurisprudencial mais consentâneo com o pensamento do atual governo para o tratamento da autonomia privada em nosso sistema jurídico.

Conclusão: explicação jurídica a partir das fontes de direito do trabalho

Não fossem os entraves “extra-jurídicos” que dificultam estabelecer um marco seguro para definir o que pode e o que não pode ser objeto de negociação coletiva, a questão não seria difícil de responder.

Quando estudamos as fontes do direito Teoria Geral do Direito todos tivemos acesso à tal pirâmide de Hans Kelsen. No vértice, a Constituição. Abaixo dela, as leis ordinárias e, em seguida, diplomas normativos inferiores.

Da mesma forma, quando estudamos as fontes de Direito do Trabalho aprendemos que elas se dividem em fontes autônomas e fontes heterônomas; as últimas, produzidas por atores externos à relação de emprego; e as primeiras, criadas por esses

mesmos atores (normas coletivas, regulamento empresarial, contrato de trabalho).

O que a Reforma Trabalhista fez? Elevou de patamar as normas coletivas na escala da pirâmide. Elas superaram a lei, salvo quando flexibilizarem os temas listados no art. 611-B.

Américo Plá Rodrigues, vivo e brasileiro fosse, precisaria reeditar o capítulo de seu “Princípios de Direito do Trabalho” que trata do princípio da proteção, para redefinir a regra da “norma mais favorável”. Pelo menos a partir de 2017 – gostemos ou não – ela não vale. Agora, no conflito entre a fonte heterônoma (a lei) e a fonte autônoma (a norma coletiva), esta última prevalece como regra, salvo nas hipóteses de defeito do negócio jurídico (art. 8º, §3º, CLT)⁽¹³⁾.

Trata-se da mesma regra vigente no Direito do Trabalho português, no qual “*a fonte inferior – instrumento de regulamentação coletiva de trabalho – pode dispor em sentido diverso das normas do Código para afastar a aplicação destas, salvo quando se trate de disposições imperativas* [que, para nós, são aquelas previstas no art. 611-B Consolidado]”⁽¹⁴⁾.

Isso não deveria ser difícil de compreender, mas para tanto é preciso abandonar convicções pessoais que eventualmente divirjam da escolha do legislador e se curvar à imperatividade do ordenamento jurídico positivado e ao respeito ao princípio da legalidade consagrado na Constituição.

(13) Entre os defeitos do negócio jurídico está o “objeto ilícito”, que, no caso, consiste em flexibilizar *in pejus* algum dos itens listados no art. 611-B da CLT.

(14) MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina. 4ª edição, 2007, p. 267. O autor acrescenta, de forma assertiva, que “*o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, relativamente ao conflito hierárquico de normas, à imagem do que se referiu a propósito da interpretação, será entendido como mero resquício histórico, não se retirando dele qualquer solução concreta.*” (p. 275).

Afinal, ignorar a opção feita pelo legislador não é tão inconstitucional quanto afastar a lei em nome de um valor constitucional?

Embora seja tentador, não é dado a nós aplicadores do direito nos substituírmos ao Poder Legislativo para afastar aqui e ali as suas opções, porque não coincidem com um valor (muitas vezes obscuro) que se encontraria escondido por entre as linhas de determinada lei. Ou – pior – porque não reflete um valor pessoal nosso.

Tarefa muito mais simples é aplicar a lei, concordando ou não com ela. *Dura lex sed lex*. Ao menos até que o STF a declare inconstitucional.

É preciso, portanto, abandonar a postura pós-positivista, para resolver o problema do “negociado x legislado”. Sem o retorno racional e paulatino ao positivismo, ficaremos sempre à mercê de humores, “entendimentos” e convicções. Estaremos fadados à insegurança jurídica.

E ela cobra um preço alto, pois retira do direito a previsibilidade necessária a torná-lo uma verdadeira ciência. Para usar as palavras do meu também conterrâneo Fábio Gomes, sem esse retorno ao positivismo no enfrentamento do tema, teremos um passado incerto, um presente difícil de compreender e um futuro imprevisível⁽¹⁵⁾.

(15) GOMES, Fabio Rodrigues. O retorno ao positivismo jurídico: reflexões críticas de um juiz desencantado. Niterói: Arthe Comunicação Gráfica. 1ª edição, 2020, p. 63.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E A INDENIZAÇÃO NA CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19

Igor Henrique dos Santos Luz^()*

1. INTRODUÇÃO

A pandemia mundial pelo coronavírus ocasionou diversas mortes e fragilizou a saúde de inúmeras pessoas, comprometendo-a em maior ou menor grau, além de ter deixado seqüelas permanentes em alguns indivíduos.

Muito embora a contaminação pelo vírus ‘Sars-CoV-2’ tenha se dado de modo indistinto, é fato que os profissionais da área da saúde se mantiveram na chamada ‘linha de frente’ de combate à sua propagação e ao enfrentamento de suas consequências patológicas.

E, por óbvio, sujeitaram-se ao risco de infecção em um grau mais elevado do que as demais pessoas, quer estivessem em

(*) Analista Judiciário da Justiça Federal do Paraná. Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado em Ciência Política pelo Centro Universitário de Maringá. Pós-Graduado em Direito Militar pela Faculdade Verbo Educacional. Pós-Graduando em Psicologia Jurídica pela Universidade de Araraquara. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ) – Seção brasileira da “*Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” – SIDTSS.

regime de isolamento social ou desempenhando suas atividades laborais de forma remota.

Tal circunstância se deve à habitualidade e permanência no trato com pacientes infectados ou em ambientes hospitalares e congêneres.

Por isso, a Lei n. 14.128, de 26 de março de 2021, instituiu uma compensação financeira a ser paga, pela União, aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2), tenham trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, ou, realizado visitas domiciliares em determinado período de tempo [no caso de agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias], e se tenham tornado permanentemente incapacitados para o trabalho. Na hipótese de óbito destes mesmos trabalhadores, a mencionada Lei franqueou o pagamento da compensação financeira ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários.

Sobredita Lei ainda não foi regulamentada pelo Poder Executivo e teve sua constitucionalidade questionada em Ação Direta (ADI n. 6.970/DF) proposta pelo Presidente da República, posteriormente, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

Questiona-se, no entanto, a densidade normativa para aplicabilidade concreta de seus comandos, já que, por falta de regulamentação, os destinatários vêm diretamente a Juízo pleitear o recebimento da compensação financeira a que alegam fazer jus.

É dizer, suprime-se, na hipótese, a necessidade do prévio requerimento administrativo (hábil a formar a controvérsia e a delimitar a lide).

Neste contexto de inafastabilidade da jurisdição é que se apresenta a problemática deste estudo, pois diversos órgãos jurisdicionais têm se debruçado sobre a aplicação da Lei n. 14.128/2021, quando, na verdade, a competência constitucionalmente estabelecida seria exclusiva da Justiça Especializada do Trabalho.

É disso que se tratará nos tópicos a seguir.

2. A INDENIZAÇÃO E SEUS BENEFICIÁRIOS

A compensação financeira tem cunho indenizatório *ex lege* (art. 5º da Lei n. 14.128/2021) e isso foi confirmado na fundamentação do voto-condutor da Ação Direta de Inconstitucionalidade antes citada, podendo ser paga de forma cumulativa com benefícios previdenciários e assistenciais.

Equipara-se, assim, às indenizações previstas pelos artigos 948, em caso de óbito, e, 949 e 950, em caso de lesão à saúde e/ou integridade física do trabalhador, todos do Código Civil.

Fato, este, que assume importância conceitual, posto que, segundo o entendimento jurisprudencial histórico, “[à] determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil [...]” (STF, CC 6.959, Relator: Ministro Célio Borja, j. 23-5-1990, DJ de 22/2/1991).

Idêntica compreensão foi externada pelo Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso

Extraordinário 503.043⁽²⁾, em cujo bojo se ressaltou a modificação do entendimento que já vinha se amalgamando pelo fenômeno da ‘mutação constitucional’.

Mas a indenização foi deferida a um grupo específico de trabalhadores da saúde, arrolados no art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 14.128/2021, e especificados no parágrafo único de seu art. 1º, além de seus dependentes (art. 2º, inciso III).

Os profissionais e trabalhadores da saúde beneficiários, de acordo com a Lei, são:

- “a) aqueles cujas profissões, de nível superior, são reconhecidas pelo Conselho Nacional de Saúde, além de fisioterapeutas, nutricionistas, assistentes sociais e profissionais que trabalham com testagem nos laboratórios de análises clínicas;
- b) aqueles cujas profissões, de nível técnico ou auxiliar, são vinculadas às áreas de saúde, incluindo os profissionais que trabalham com testagem nos laboratórios de análises clínicas;
- c) os agentes comunitários de saúde e de combate a endemias;
- d) aqueles que, mesmo não exercendo atividades-fim nas áreas de saúde, auxiliam ou prestam serviço de apoio presencialmente nos estabelecimentos de saúde para a consecução daquelas atividades, no desempenho de atribuições em serviços administrati-

(2) Nele se esclareceu que “foge ao propósito das regras definidoras da competência da Justiça do Trabalho pretender que a qualidade das partes modifique o juízo competente para a apreciação da causa. Se a lide está calçada na relação de trabalho, se a controvérsia depende da análise dos contornos e do conteúdo dessa relação, a competência é da Justiça especial. Para esclarecer e reforçar esta conclusão veio EC nº 45/04, dando nova redação ao artigo 114 da Constituição e privilegiando a matéria em litígio como critério de fixação das competências da Justiça trabalhista. (...) Para arrematar, observo que esta Colenda Corte já afirmou, em várias oportunidades, que para a fixação da competência da Justiça do Trabalho pouco importa se o deslinde da controvérsia depende de questões de direito civil, bastando que o pedido esteja fundado na relação trabalhista [...]”. (STF, RE 503043 AgR, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 26-04-2007, DJe-028 DIVULG 31-05-2007 PUBLIC 01-06-2007 DJ 01-06-2007 PP-00057 EMENT VOL-02278-06 PP-01170 RDECTRAB v. 14, n. 156, 2007, p. 81-84)

vos, de copa, de lavanderia, de limpeza, de segurança e de condução de ambulâncias, entre outros, além dos trabalhadores dos necrotérios e dos coveiros; e

e) aqueles cujas profissões, de nível superior, médio e fundamental, são reconhecidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social, que atuam no Sistema Único de Assistência Social”.

A Lei garantiu-lhes, ainda, a presunção (também *ex lege*) de que a Covid-19 é, ou, foi a causa da incapacidade permanente para o trabalho ou para o óbito, mesmo que não tenha sido ou não seja a causa única, principal ou imediata, desde que se mantenha o nexo temporal entre a data de início da doença e a ocorrência da incapacidade permanente para o trabalho ou o óbito.

Basta, pois, que os profissionais e trabalhadores da saúde comprovem terem sido diagnosticados com a Covid-19 ou enfrentado quadro clínico compatível com a Covid-19 para que façam jus ao benefício, pouco importando a presença de comorbidades, que não afastam o direito ao recebimento da compensação financeira.

Tamanha é a relevância do mencionado nexo temporal indicado pela Lei, que a data de início da doença (Covid-19) lhe conferirá retroatividade ou ultratividade, porque a indenização será devida ao trabalhadores, inclusive, nas hipóteses de óbito ou incapacidade permanente para o trabalho *i*) superveniente ao fim do estado de emergência de saúde pública de importância nacional; ou, *ii*) anterior à data de publicação da Lei n. 14.128/2021; desde que a infecção pelo coronavírus (Sars-CoV-2) tenha ocorrido durante o período pandêmico⁽³⁾.

O único requisito que lhes é exigido consiste na avaliação de perícia médica realizada por servidores integrantes da carreira

(3) O estado de emergência de saúde pública de importância nacional (Espin-Covid-19) foi declarado pela Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, e encerrado pela Portaria do Ministério da Saúde nº 913, de 22 de abril de 2022.

de Perito Médico Federal (PMF), instituída pela Lei n. 13.846, de 18 de junho de 2019, a exemplo do que se passa com os benefícios previdenciários e assistenciais administrados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Portanto, pode-se afirmar que a compensação financeira estabelecida pela Lei n. 14.128/2021 trata-se de uma modalidade de indenização decorrente do exercício de atividades nocivas ou desempenhadas em ambientes nocivos à saúde dos profissionais e trabalhadores da saúde, que, acaso sejam diagnosticados com Covid-19 ou apresentem quadro clínico compatível com esta doença, estarão dispensados de comprovar o nexo de causalidade entre o dano sofrido [morte ou incapacidade permanente para o trabalho] e o sinistro/infortúnio.

Assume, ao que tudo indica, uma feição securitária típica, capaz de ensejar a responsabilidade objetiva da União sob a modalidade do risco integral, mais ou menos na esteira do que já faz o seguro obrigatório para proteção de vítimas de acidentes de trânsito (SPVAT)⁽⁴⁾.

(4) Aliás, é esta similitude com o seguro obrigatório de danos pessoais (SPVAT, antigo DPVAT) que faz presumir a necessidade de existência do prévio requerimento administrativo como condição de perfectibilização do interesse processual [na sua modalidade de interesse-necessidade].

Basta ver, a propósito: o Tema n. 350 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (solvido no RE 631.240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03-09-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220); o Tema n. 660 dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça (equacionado pelo REsp n. 1.369.834/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 24/9/2014, DJe de 2/12/2014); e a posição atual em relação ao seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores ou suas cargas (STJ, REsp n. 1.987.853/PB, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

Todavia, *in casu*, a exigência do prévio requerimento tem sido superada em razão da falta de regulamentação do procedimento administrativo pelo Executivo.

3. O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Para dar concretude às normas, diversos jurisdicionados têm acionado, diretamente, o Poder Judiciário. Isto porque, repita-se, a Administração Pública tem se escudado na disposição do art. 4º da Lei n. 14.128/2021, cuja redação enuncia que “[a] compensação financeira de que trata esta Lei será concedida após a análise e o deferimento de requerimento com esse objetivo dirigido ao órgão competente, *na forma de regulamento*” (destaques nossos).

O dispositivo é claro a respeito da indispensabilidade da análise administrativa e da expedição de regulamento.

Confirma-o a previsão legal de que “[a] compensação financeira de que trata esta Lei será paga pelo órgão competente para sua administração e concessão com recursos do Tesouro Nacional” (art. 6º, *caput*, com destaques nossos).

Todavia, a Advocacia Geral da União tem defendido:

“[...] que o processamento e concessão da compensação ainda carece de regulamento. É necessário um ato infralegal a dispor acerca das minúcias do fluxo procedimental, atribuição de competências etc., a fim de viabilizar o pagamento da compensação financeira prevista em lei.

(...)

De fato, a atividade regulamentar primária tem assento na própria Constituição, que confere ao Poder Executivo, em cláusula extensível a todas as unidades da Federação, competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei (CF/88, art. 84, inciso IV). Desse modo, a mera referência, em texto normativo, ao dever de regulamentar a lei editada, mesmo quando desnecessária tal providência, não transgride o postulado constitucional da reserva de administração, cujo sentido e alcance já foram definidos pelo Supremo Tribunal Federal, de sorte que “a

lei cuja aplicação depende de regulamentação complementar não tem vigência antes da expedição desta”. (RE 9.920/MG, Rel. Min. RIBEIRO DA COSTA, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/11650/10590>)

Cabe registrar, por oportuno, que esse magistério jurisprudencial vem sendo observado também pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça [...]”⁽⁵⁾.

Aparentemente, o Supremo Tribunal Federal blindou a conduta procrastinatória do Executivo, ao não admitir o uso da via injuncional por aqueles que se dizem beneficiários da compensação, sob o fundamento da ausência de previsão expressa do direito à indenização no texto constitucional.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, “não há que se falar em direito, liberdade constitucional ou prerrogativa à edição de norma específica que permita “a indicação do órgão responsável para receber os requerimentos e proceder o pagamento das indenizações”, tal como requerido” (STF, MI 7412/DF, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 20/09/2022, Publicação: 22/09/2022)⁽⁶⁾.

Referido entendimento contrasta, *a priori*, com a fundamentação externada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.970/DF, cujo voto-condutor sintetizou:

“Pelo que se tem no art. 6º da Lei n. 14.128/2021, o pagamento do benefício, estabelecido em prestação única e com valor prefixado, ocorrerá com recursos do Tesouro Nacional, repassado ao órgão competente.

(5) Este excerto foi retirado da argumentação defensiva realizada pela Advocacia Geral da União/AGU nos autos do Mandado de Segurança Coletivo n. 126142-57.2021.4.02.5101/RJ, impetrado pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NO COMBATE AS ENDEMIAS E SAUDE PREVENTIVA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Disponível em: <<https://www.sintsauderj.org.br/docs/peticao-agu-covid.pdf>>. Acesso em 18/06/2024).

(6) Valendo-se de idêntica motivação, consulte-se: STF, MI 7387/DF, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 27/10/2022, Publicação: 03/11/2022.

A ocorrência do pagamento da prestação por órgão estatal existente e integrante da estrutura pública federal não significa interferência ou alteração em suas atribuições típicas.

O cuidado legislativo restringe-se à forma pela qual a Administração Pública executará o pagamento da indenização em espécie ao beneficiário. Não se cria nem se extingue órgão público federal”.

Contudo, encontra harmonização no posicionamento do Ministro NUNES MARQUES, para quem, quando se revela “[a] usente disposição expressa de competência, prevalece a regra geral contida nos arts. 108 e 109 na Constituição Federal, a saber, a União deverá ser acionada perante a Justiça Federal” (STF, MS 38885/DF, Relator(a): Min. NUNES MARQUES, Julgamento: 07/12/2022, Publicação: 15/12/2022).

Sinalizada, a competência da Justiça Federal, vários órgãos jurisdicionais dos Tribunais Regionais Federais continuaram a processar e julgar as demandas indenizatórias deste jaez⁽⁷⁾, muito provavelmente, amparando-se no raciocínio próprio da definição da competência em razão da pessoa (*ratione personae*), que, de fato, se encontra expresso no art. 109, inciso I, primeira parte, da Constituição de 1988⁽⁸⁾.

(7) Pode-se indicar como precedente, por exemplo: TRF4, AC 5000047-78.2022.4.04.7012, TERCEIRA TURMA, Relator ROGERIO FAVRETO, juntado aos autos em 26/08/2022.

(8) Citem-se, dentre outros: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO INOMINADO. PROFISSIONAIS E TRABALHADORES DA SAÚDE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA INSTITUÍDA PELA LEI 14.128/2021. AUTOAPLICABILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. ÓBITO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE. HIPÓTESE DE PAGAMENTO DA COMPENSAÇÃO CONFIGURADA. 1. Está assentado, no âmbito desta Turma Recursal, o entendimento de que a Lei nº 14.128/2021 é autoaplicável (5001637-96.2022.4.04.7010, Primeira Turma Recursal/PR, Relator GERSON LUIZ ROCHA, julgado em 23/02/2023). Logo, a preliminar de ausência de interesse processual se confunde com o mérito. 2. A constitucionalidade da Lei nº 14.128/2021, que instituiu a compensação financeira aos trabalhadores da área da saúde incapacitados ou falecidos em razão da atuação na linha de frente do combate à crise sanitária decorrente da Covid-19, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.970/DF (Plenário, DJE 29/08/2022).

Mostra-se-lhes indiferente a natureza do vínculo de trabalho, quer seja celetista, estatutário, precário, temporário etc. Veja-se:

“Conforme bem destacado na sentença, o falecido era servidor público estadual desde o ano de 1980 e exercia o cargo de motorista de ambulância; faleceu em razão da *Covid-19* em 12/02/2021 (ev. 1.10). O “diário de bordo” juntado no 8.6 demonstra que Luiz Claudemir Padilha estava em plena atividade em janeiro de 2021. Portanto, tendo atuado como profissional de saúde durante a pandemia causada pela *Covid-19*, presume-se que o falecido contraiu a doença enquanto desempenhava suas funções e que está demonstrado o nexo de causalidade.

Assim, a sentença deve ser mantida”.

(Recurso Cível n. 5003909-41.2023.4.04.7006, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO PR, Relator RODRIGO DE SOUZA CRUZ, julgado em 25/04/2024 – destaques nossos)

Paralelamente, no entanto, outros órgãos jurisdicionais, das demais esferas de competência, têm processado e julgado ações indenizatórias ajuizadas pelos profissionais e trabalhadores da saúde, inclusive, por seus dependentes, ao argumento de que

Precedentes do TRF4. 3. Referida legislação prevê o pagamento de compensação financeira aos herdeiros do profissional da área da saúde que, em razão do trabalho no atendimento de pacientes acometidos pela *Covid-19* durante o período de pandemia, tenha falecido por ter contraído a doença (artigo 2º, II). Assim, devidamente constatado o óbito do trabalhador da saúde, nas condições mencionadas, o valor da compensação financeira é regido pelo artigo 3º, da Lei 14.128/2021.4. Recurso improvido. (Recurso Cível n. 5000925-12.2022.4.04.7009, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DO PR, Relator GERSON LUIZ ROCHA, julgado em 30/11/2023); e, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – LEI Nº 14.128/2021 – DIREITO A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR ÓBITO DE PROFISSIONAL DE SAÚDE NO COMBATE AO VÍRUS COVID -19 – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RECURSO DA PARTE AUTORA – AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO QUE DISPENSA O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO. (Recurso Inominado Cível/SP 5001904-52.2023.4.03.6334, Juiz Federal NILCE CRISTINA PETRIS, 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, Julgamento: 08/03/2024, DJEN DATA: 18/03/2024)

não se confundem, tais verbas reparatórias, com a compensação financeira a cargo da União.

Ilustrando o mencionado entendimento, tem-se:

“Importante notar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei 14.128/2021, que assegura o pagamento de compensação financeira aos profissionais de Enfermagem permanentemente incapacitados pela Covid-19 ou aos seus familiares e dependentes, em caso de morte decorrente da infecção pelo novo coronavírus, situação diversa do caso em análise [...]”.

(excerto do voto-condutor no TJAL, Processo: 0710020-43.2021.8.02.0001; Relator (a): Des. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/05/2024; Data de registro: 15/05/2024 – destaques nossos)

“Registro não desconhecer a Lei nº 14.128/2021, que “dispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação do novo coronavírus (SARS-CoV-2), por terem trabalhado no atendimento direto a pacientes acometidos pela Covid-19, ou realizado visitas domiciliares em determinado período de tempo, no caso de agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou ao seu cônjuge ou companheiro, aos seus dependentes e aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito”.

Todavia, além de estabelecer que a indenização é devida pela União, a referida lei não estabelece presunção de nexo de causalidade entre a atividade do profissional de saúde e o acidente de trabalho.

Trata-se, tão somente, de compensação financeira, de natureza indenizatória, devida pela União aos profissionais de saúde que, infectados pelo coronavírus, tornaram-se incapacitados.

Essa compensação também se estende aos seus cônjuges/companheiros, dependentes e herdeiros, em caso de morte.”.

(excerto do voto no TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.214528-4/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/02/2024, publicação da súmula em 16/02/2024 – destaques nossos)

“O TST firmou o entendimento de que o reconhecimento do nexo de causalidade entre o COVID-19 e o trabalho desempenhado se dará de forma objetiva em duas hipóteses: a) previsão expressa em lei; ou b) atividade que por natureza apresente exposição habitual a risco especial maior.

Para tratar da primeira hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva (previsão legal), foi editada a Lei n. 14.128, de 26 de março de 2021, para amparar os trabalhadores da área de saúde que atuaram de forma direta no atendimento de pacientes acometidos por COVID19.

Assim, por trabalhar o reclamante na função de Médico Socorrista, em veículos especiais de socorro a emergências médicas, com maior vulnerabilidade ao contágio do coronavírus, presume-se que a doença foi adquirida no trabalho.

Por todo o exposto, correta a sentença que reconheceu a natureza ocupacional da doença contraída pelo empregado falecido e aplicou a responsabilização objetiva à reclamada”. (excerto do voto no TRT 17, Processo n. 0000748-74.2021.5.17.0009 ROT, GAB. DES. MÁRIO RIBEIRO CANTARINO NETO, 2ª Turma, assinado em 07/06/2024 – destaques nossos)

Porém, se é certo que as instâncias são independentes entre si, e que um mesmo fato pode gerar direitos tuteláveis por esferas jurídicas distintas, também é certo que a compensação financeira instituída pela Lei n. 14.128/2021 não detém natureza jurídica administrativa, mas civil, bem como que o nexo de causalidade entre o sinistro/infortúnio e o dano é presumido (a teor de seu art. 2º, § 1º).

Resta definir, somente, se a indenização tem natureza acidentária (decorrente de acidente do trabalho, doença ocupacional ou do trabalho), e, se acaba por confundir-se, ou não, com a indenização devida pelo empregador/tomador dos serviços do profissional ou trabalhador de saúde.

É que já não mais se discute a competência para as ações indenizatórias decorrentes de acidentes do trabalho depois da edição da Súmula Vinculante n. 22/STF⁽⁹⁾, muito embora persista o debate acerca da competência para o conhecimento, processamento e julgamento das ações cujas causas de pedir guardem pertinência com as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Nesta esteira, outro enunciado do Supremo Tribunal Federal dispõe que “Compete à *justiça do trabalho* julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores” (Súmula 736).

4. A RAZÃO DE SER DA COMPETÊNCIA TRABALHISTA

Parece indene de dúvidas que a Emenda Constitucional n. 45/04 alterou e alargou a competência da Justiça do Trabalho para abranger as ações oriundas da relação de trabalho, desvinculando-se, assim, da antiga limitação às fronteiras da relação de emprego [embora esta continue incluída naquela]⁽¹⁰⁾.

(9) *In verbis*: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004”.

(10) Veja-se, a respeito, o que ensina Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra: *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 197/204.

Com efeito, a *vis atractiva* da Justiça do Trabalho estabelece-se segundo a ‘natureza jurídica da questão posta em Juízo’, o que está mesmo provado pela competência que lhe foi constitucionalmente atribuída para os executivos fiscais [cujos títulos se assentam, apenas indiretamente, na relação de trabalho]⁽¹¹⁾.

Fernando da Fonseca Gajardoni e Renato Brasileiro de Lima lecionam, também que: “Com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 – que deu nova e abrangente redação ao art. 114 da CF –, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada: antes julgava somente ações com causa de pedir fundada nas alegações de emprego (e que pressupõe, portanto, a existência de um contrato de trabalho, ainda que não formal); agora julga todas as demandas cuja causa de pedir derive da relação de trabalho, que, por mais ampla, abrange situações como a dos empregados públicos celetistas, das ações de indenizações (por dano moral ou material) por acidente de trabalho ajuizadas contra o empregador (acidentárias atípicas), indenização por assédio sexual ou moral nas relações de trabalho, possessórias para a retomada de coisa dada em comodato por conta do fim da relação de trabalho ou ocupada por conta de greve de empregados da iniciativa privada, etc”. (in: *Competência Cível e Criminal da Justiça Federal*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 60/61)

- (11) Colha-se: “[...] II – RECURSO DE REVISTA – EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. FALÊNCIA DO EXECUTADO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA (LEI Nº 14.112/2020). APLICABILIDADE. ART. 43 DO CPC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *STARE DECISIS BRASILIENSIS*. INAPLICAÇÃO DE PRECEDENTES DIANTE DE APLICAÇÃO DE TÉCNICA DE *DISTINGUISHING*. (...) Conforme dispõe o artigo 6º, § 11, da Lei de Falências, incluído pelo mencionado diploma, ainda que haja a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, as execuções fiscais decorrentes de penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho e as execuções de ofício das contribuições à seguridade social decorrentes das condenações trabalhistas devem ser processadas nesta Justiça Especializada, “(...) vedados a expedição de certidão de crédito e o arquivamento das execuções para efeito de habilitação na recuperação judicial ou na falência”. Nesse cenário, impõe-se a adequação da jurisprudência à nova disciplina legal, de modo a declarar-se que, em tais casos, a Justiça do Trabalho é competente para processar a execução, sem prejuízo da competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, conforme §§ 7º-B e 11 do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005, incluídos pela Lei nº 14.112/2020. (...) Recurso de revista conhecido, com fulcro no artigo 896, § 10, da CLT, e provido” (RR-10366-92.2015.5.15.0014, 2ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 17/09/2021 – destaques nossos).

O texto constitucional evidencia ter feito mesmo essa escolha, tanto que dita expressamente competir à Justiça do Trabalho processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e, *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*, na forma da lei” (art. 114, inciso I e IX).

A cláusula constitucional é nitidamente aberta, apesar de balizada pela lei.

É dizer, se a lei não expressamente exclui a competência da Justiça do Trabalho, em se tratando de ação oriunda da relação de trabalho, o julgamento será incumbência da seara especializada, e não, da Justiça comum (como seria próprio da competência residual).

Pensam, contudo, o contrário, diversos autores.

O Supremo Tribunal Federal, tentando lançar luzes sobre esse vasto campo obscuro do que venha a ser uma ‘ação oriunda da relação de trabalho’ (*lato sensu*), parametrizou, a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3395/DF e n. 3961/DF, que “[a] interpretação adequadamente constitucional da expressão “relação do trabalho” deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores”.

No mesmo sentido, o Tema n. 505/STF, no bojo do qual se assentou a seguinte tese jurídica: “A Justiça do Trabalho é competente para executar, de ofício, as contribuições previstas no artigo 195, incisos I, alínea a, e II, da Carta da República, relativamente a títulos executivos judiciais por si formalizados em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998”. (STF, RE 595326, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-229 DIVULG 16-09-2020 PUBLIC 17-09-2020)

Deste modo, a fixação da competência dar-se-ia consoante um critério de sujeição dos jurisdicionados. Ou seja, se, em suas diferentes relações, inclusive, as de trabalho, estiverem vinculados à Administração Pública (direta ou indireta) por um regime jurídico-administrativo (que, normalmente, é previsto em lei ou contrato público específico), a competência será da Justiça Comum, porque prevalece a natureza jurídica administrativa da demanda (*rectius*: da questão posta em Juízo).

Já, se as relações travadas pelos jurisdicionados não tiverem, como partícipe, em um de seus pólos, órgão público ou entidade administrativa, a competência será trabalhista. Ou, mesmo que, delas, participe ente da Administração Pública, se a vinculação com o trabalhador não derivar de alguma norma estatutária, mas sim, de contrato resolúvel *ad nutum*, a competência será, igualmente, trabalhista.

Esta seria a primeira conclusão lógica obtida a partir dos entendimentos promanados do controle concentrado de constitucionalidade.

Confirmando-a, exsurge a tese jurídica fixada no julgamento do Tema n. 1.092 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal⁽¹²⁾, que assevera:

“Compete à Justiça comum processar e julgar causas sobre complementação de aposentadoria instituída por lei cujo pagamento seja, originariamente ou por sucessão, da responsabilidade da Administração Pública direta ou indireta, por derivar essa responsabilidade de relação jurídico-administrativa”.

Havida a lei que impõe a responsabilidade pelo pagamento do benefício à Administração Pública, nenhuma importância

(12) Confira-se: STF, RE 1265549 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 04-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 18-06-2020 PUBLIC 19-06-2020.

assume o caráter substitutivo do rendimento do trabalho, detido pela aposentadoria, ainda que os seus complementos (leia-se: diferenças pecuniárias) advenham de verbas não pagas pelo exercício do trabalho ou do emprego público, pois o beneficiário passa à condição de súdito [típica do regime jurídico-administrativo].

Mas, contrariando-a, revela-se a tese jurídica fixada no Tema n. 550 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, que debateu se a atividade do representante comercial autônomo consubstancia relação de trabalho ou puramente comercial. Nela, se definiu que “[a] proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de trabalho (CF/1988, art. 7º)”, até porque:

“As atividades de representação comercial autônoma configuram contrato típico de natureza comercial, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, a qual prevê (i) o exercício da representação por pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis e (ii) a competência da Justiça comum para o julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado. 3. Na atividade de representação comercial autônoma, inexistente entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas relação comercial regida por legislação especial (Lei nº 4.886/65). Por conseguinte, a situação não foi afetada pelas alterações introduzidas pela EC nº 45/2004, que versa sobre hipótese distinta ao tratar da relação de trabalho no art. 114 da Constituição”.

(STF, RE 606003, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28-09-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020)

Ressalva seja feita quanto ao fato de que a Lei n. 4.886/65 dispõe, expressamente, em seu art. 39, que “[p]ara julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum (...)”, nos termos do art. 114, inciso IX, da Constituição, e da exegese mencionada alhures. Logo, o fato de nenhum ente público integrar a relação de prestação de serviços, por si só, não foi suficiente para caracterizá-la como relação de trabalho.

Assim, o que era sombra se torna, agora, penumbra.

Sem embargo, parece não haver, na hipótese concreta da compensação financeira instituída pela Lei n. 14.128/2021, nenhuma vinculação obrigatória, dos profissionais e trabalhadores da área da saúde, à Administração Pública, por regime jurídico -administrativo ou estatutário.

Afinal, a indenização foi prevista de forma genérica e abstrata, e, mais do que isso, sob os auspícios da impessoalidade. Não adere, pois, ao regime de ‘contratação’ do trabalhador, porque direcionada a todos indistintamente.

Foi o que concluiu a Ministra Carmen Lúcia no voto-condutor que redigiu para a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.970/DF, nestes termos:

“Tratando-se, na legislação impugnada, de *matéria de natureza jurídica indenizatória destinada a profissionais de saúde de todos os entes federados, de setores da iniciativa privada ou do desempenho de função pública*, inexistindo, no diploma questionado, alteração na estrutura ou na atribuição de órgãos da Administração Pública federal, não se sustenta a alegação do autor de que o benefício criado pelo legislador corresponderia a alteração do regime jurídico de servidores públicos da União ou de organização da Administração Pública federal, a caracterizar vício de iniciativa na elaboração da Lei impugnada”. (destaques nossos)

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, ponderou que:

“[...] a norma não é voltada à criação de cargos públicos, tampouco interfere diretamente na organização administrativa do Poder Executivo. O diploma limita-se a instituir de forma linear indenização aos profissionais da saúde. A mera circunstância de a norma não excluir servidores públicos federais não tem o condão de maculá-la por vício formal.

Em verdade, o projeto de lei sequer poderia proceder a essa exclusão, uma vez que a concessão do benefício apenas à iniciativa privada eivaria o projeto de vício de inconstitucionalidade material, por ofensa ao princípio da isonomia. A situação geraria um paradoxo: para ser constitucionalmente formal, sob a óptica da Presidência da República, a norma necessariamente seria materialmente inconstitucional, porque excluiria servidores públicos da compensação”. (destaques nossos)

Destarte, o critério da sujeição se mostra inútil à definição da competência para a compensação financeira em análise, muito embora ela tenha sido prevista em lei ordinária (mas não estatutária).

Entretanto, é justamente essa abstração do bem jurídico em relação a seus titulares que conduz à competência da Justiça do Trabalho. Dito de outro, é o caráter genérico da higidez do ambiente laboral que atrai a competência da justiça especializada para a sua tutela heterônoma.

Abonando esta compreensão, a Corte Constitucional tem entendido que, quando a demanda “visa tão somente a exigir o cumprimento, *pelo Poder Público*, de normas relativas à saúde, à higiene e à segurança do trabalho, *no âmbito da administração pública*, inexistindo, no caso, pretensão de se discutir a natureza

do vínculo entre os trabalhadores e o ente público”⁽¹³⁾, a competência é da Justiça do Trabalho.

Formou-se, inclusive, jurisprudência, na doutrina dos casos julgados, no sentido de que “*competete à Justiça do Trabalho julgar ação civil pública na qual se discute questões relativas à saúde, à higiene e à segurança do trabalho*” (STF, ARE 1090128 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23-03-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 17-04-2018 PUBLIC 18-04-2018 – destaques nossos).

No âmbito da dogmática, é lição antiga, já, a de Carlos Henrique Bezerra Leite, quando ensina:

“A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações que tenham como causa de pedir matéria alusiva ao meio ambiente do trabalho. O novo conceito de meio ambiente do trabalho é extraído da aplicação dos arts. 200, VII, 7º, XXII e XXVIII, da CF (...).

*Feita essa digressão, chega-se ao conceito de meio ambiente do trabalho, que passa a ser, segundo *Sidnei Machado*, o “conjunto das condições internas do local de trabalho e sua relação com a saúde dos trabalhadores”” (destaques nossos)⁽¹⁴⁾.*

Por isso, e por guardar, a compensação financeira, o nítido propósito de reparar as perdas extra-patrimoniais⁽¹⁵⁾ daqueles

(13) Excerto do voto-condutor no STF, ARE 1062324 AgR/RR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Julgamento: 23/08/2019, Publicação: 03/09/2019. Na esteira do precedente citado, encontram-se, ainda: STF RE 1128237/DF, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 20/04/2020, Publicação: 24/04/2020; e STF ACO 2709/DF, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 25/02/2016, Publicação: 03/03/2016.

(14) Em sua obra *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 187.

(15) Tanto que, no bojo da ADI n. 6970, da Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o voto-condutor referiu que “[p]or analogia ao presente caso, a compensação financeira destinada ao profissional de saúde, que morrer em razão da Covid-19, a indenização prevista na Lei impugnada equipara-se ao dano moral dos familiares pela perda da pessoa, como mencionado para os casos previstos no inc. I do art. 948 do Código Civil”.

que se puseram à frente no combate à Covid-19, que não se pode dissociar a causa de pedir das demandas indenizatórias da nocividade do ambiente de trabalho [infeccioso que era, pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2)] ou das condições em que era exercido.

A causa de pedir consiste no óbito de familiar gerador de renda, ou, nos efeitos deletérios causados pelas seqüelas da Covid-19, e, conforme a Ministra Carmen Lúcia, a Lei a que se subsume “trata de *política pública para atender finalidade específica, no cumprimento do dever constitucional outorgado ao Estado de buscar atenuar os malefícios causados pela pandemia aos profissionais de saúde*”⁽¹⁶⁾ (destaques nossos).

Tais circunstâncias levam, inegavelmente, à afirmação da competência da Justiça do Trabalho.

Do contrário, admitir-se-á que a Justiça Federal atribua, a diversas classes de trabalhadores – apesar de integrantes de um mesmo grupo (atuante na ‘linha de frente’ do combate à Covid-19), benefício indenizatório equivalente a um seguro social universal para os casos de morte ou incapacidade permanente para o trabalho.

Acontece que tal modalidade de seguro não tem sua obrigatoriedade prevista no art. 20 do Decreto-Lei n. 73, de 21/11/1966, e, tampouco, equipara-se ao auxílio-acidente (art. 86 da Lei n. 8.213/91), porque a própria lei de regência exclui dita equivalência (art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 14.128/2021).

(16) Excerto retirado da fundamentação do voto-condutor na Ação Direta de Inconstitucionalidade/ADI n. 6.970/DF, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16-08-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 26-08-2022 PUBLIC 29-08-2022.

Mais se afigura uma política pública de redistribuição de renda do que um seguro social (até porque não foi denominada desta maneira).

E, mesmo assim, o critério *ratione personae* não soluciona a indefinição a respeito da competência jurisdicional, quer porque a Lei n. 14.128/2021 silencie quanto ao órgão judicial competente para o processamento de suas ações, ou, quer porque a União também possa ser ré em ação cujo trâmite se dê perante a Justiça do Trabalho.

O ‘cofre’ é o mesmo (recursos do Tesouro Nacional, cf. art. 6º, *caput*, da citada Lei) e ambos os magistrados têm a ‘chave’ (eficácia positiva da autoridade da coisa julgada).

Nem mesmo se poderia cogitar da utilização dos critérios atinentes à função, ao cargo ou ao ofício do agente público responsável pelo pagamento da indenização (*ratione officii* e *ratione muneris*), porque, como visto, a regulamentação da Lei n. 14.128/2021 não existe, ao menos, até o presente momento. E, para os *writs* constitucionais, a Justiça do Trabalho também está constitucionalmente investida de jurisdição (art. 114, inciso IV).

Ganha destaque, então, o critério material (*ratione materiae*) de fixação da competência da Justiça Federal, previsto no art. 109, inciso I, parte final, da Constituição, cujo texto exclui, de sua medida de jurisdição, as ações de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

A simples leitura do *caput*, do art. 1º, da Lei n. 14.128/2021 conduz à intuição de que a ação judicial por meio da qual se busca o pagamento da compensação financeira seja, de fato, uma causa oriunda da relação de trabalho (cargo, emprego, função ou prestação de serviços), pois regra “sobre compensação

financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que (...), por terem trabalhado no atendimento direto (...), tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho, ou (...) aos seus herdeiros necessários, em caso de óbito”.

Tudo leva a crer que é o exercício de um trabalho (*lato sensu*) em condições ou ambiente nocivo à saúde do trabalhador (dado o alto risco de contágio pelo vírus ‘SARS-CoV-2’) que justifica o pagamento da compensação financeira [de índole civil, e não, administrativa] instituída genericamente em lei, sem que, para recebê-la, o trabalhador/instituidor tenha que manter qualquer vínculo com a Administração Pública.

Por conseguinte, e, respeitado o entendimento do Ministro Nunes Marques (STF, MS 38885/DF, Relator(a): Min. NUNES MARQUES, Julgamento: 07/12/2022, Publicação: 15/12/2022), tem-se que o critério material de fixação da competência jurisdicional afirma a da Justiça do Trabalho, seja por exclusão (art. 109, inciso, parte final, da Constituição) ou porque a natureza jurídica da questão posta em Juízo é trabalhista (derivada do trabalho prestado).

Bastante, para tanto, é o raciocínio de que quem se contaminou pela Covid-19 e não trabalhou na ‘linha de frente’ com os pacientes infectados [como os trabalhadores em tele-trabalho] não terá direito à indenização, embora possa ter se tornado permanentemente incapaz para o seu trabalho ou vindo a óbito.

É o *modus operandi* ou *faciendi* do serviço prestado que dá azo à indenização.

Por fim, cabe investigar se a contaminação pela Covid-19 pode ser caracterizada como acidente do trabalho, nos termos dos artigos 19 a 21 da Lei n. 8.213/91, já que, para as causas aci-

dentárias atípicas, a Constituição atribui competência à Justiça do Trabalho (art. 114, VI).

Sabe-se que a compensação financeira não equivale a um benefício previdenciário ou assistencial (hipótese em que a ação acidentária seria típica), pois a Lei n. 14.128/2021, como visto, permite sua cumulação.

Trata-se, isto sim, de indenização civil.

E o texto constitucional não restringe as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, aos empregados e empregadores.

Quando da publicação da Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020, que dispunha sobre as *medidas trabalhistas* para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, o nexo de causalidade entre o trabalho na área da saúde e a contaminação pelo vírus ‘SARS-CoV-2’ não era reconhecido de imediato [por se tratar de uma doença comum, e não, de uma doença profissional].

O art. 29 da Medida Provisória estabelecia que “[o]s casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal” [destaques nossos], que, à época, cabia ao trabalhador.

Como a constitucionalidade do regramento foi questionada em diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n. 6344, n. 6346, n. 6348, n. 6349, n. 6352 e n. 6354), o Supremo Tribunal

Federal deferiu, parcialmente, medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 29 e 31 da Medida Provisória n. 927/2020 (em 29/04/2020).

A Medida Provisória referida teve seu prazo de vigência encerrado no dia 19 de julho de 2020, e, por consequência, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade perderam seu objeto.

Sobreveio, na sequência, a Nota Técnica SEI n. 56376/2020 do Ministério da Economia⁽¹⁷⁾, por meio da qual a Administração Pública concluiu que:

“[...] resta evidenciado que “à luz das disposições da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a depender do contexto fático, a covid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, aplicando-se na espécie o disposto no § 2º do mesmo artigo 20, quando a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacionar diretamente; podendo se constituir ainda num acidente de trabalho por doença equiparada, na hipótese em que a doença seja proveniente de contaminação acidental do empregado pelo vírus SARS-CoV-2 no exercício de sua atividade (artigo 21, inciso III, Lei nº 8.213, de 1991); em qualquer dessas hipóteses, entretanto, será a Perícia Médica Federal que deverá caracterizar tecnicamente a identificação do nexo causal entre o trabalho e o agravo, não militando em favor do empregado, a princípio, presunção legal de que a contaminação constitua-se em doença ocupacional.”” (destaques nossos).

Na atualidade, porém, a Portaria GM/MS n. 1.999, de 27 de novembro de 2023 [do Ministério da Saúde], atualizando a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT), arrolou, em sua Lista B, a “Doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19)”.

(17) Tratando do seguinte assunto: “COVID-19. Nexos com o trabalho à luz da legislação Previdenciária. Medida Provisória nº. 927, de 2020”.

E, como o art. 20, inciso II, da Lei n. 8.213/91, considera ‘acidente do trabalho’ a doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, desde que constante da relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, tem-se que a contaminação pela Covid-19 durante o atendimento direto aos pacientes acometidos por essa doença, ou, em visitas domiciliares realizadas pelos agentes comunitários de saúde ou de combate a endemias, caracteriza-se como acidentária.

Além disso, o nexo de causalidade entre a doença (Covid-19) e as condições especiais em que os profissionais e trabalhadores da área da saúde realizaram seu trabalho, na ‘linha de frente’ de seu enfrentamento, é presumido pela Lei n. 14.128/2021 (art. 2º, § 1º), pois equivale ao nexo de causalidade com o dano sofrido (morte ou incapacidade permanente para o trabalho).

Desta forma, a competência da Justiça do Trabalho parece prevalecer, também por esta razão, sobre a da Justiça Federal.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, por todo o exposto, que, muito embora a compensação financeira instituída pela Lei n. 14.128/2021 assumira feição indenizatória cível e incumba, à União, realizar seu pagamento, a competência jurisdicional para o conhecimento, processamento e julgamento das ações propostas por seus beneficiários, ante a sua falta de regulamentação executiva, é da Justiça do Trabalho, e não, da Justiça Federal, como entendera o Supremo Tribunal Federal em precedente formado a partir da impetração de mandado de segurança (STF, MS 38885/DF,

Relator(a): Min. NUNES MARQUES, Julgamento: 07/12/2022, Publicação: 15/12/2022).

E, assim, é, porque o critério de definição da competência em razão da pessoa se mostra insuficiente à exclusão da competência constitucionalmente atribuída à justiça especializada, que também pode julgar causas em que a União figure no pólo passivo.

Ausente, o vínculo de sujeição/subordinação entre os profissionais e trabalhadores da área da saúde e a Administração Pública direta, não se evidenciam razões para afastar a natureza trabalhista das citadas ações indenizatórias, i) porque, quando a demanda objetiva, tão somente, exigir o cumprimento, pelo Poder Público, de normas relativas à saúde, à higiene e à segurança do trabalho, e a sua causa de pedir alude ao meio ambiente laboral, a competência é da Justiça do Trabalho (justamente, devido à abstração do bem jurídico tutelado); e ii) porque a Covid-19 é tida como uma doença do trabalho, ou seja, caracteriza-se como ‘acidente do trabalho’ para todos os fins legais, atraindo a competência da Justiça do Trabalho.

De mais a mais, devido à falta de regulamentação executiva sobre o órgão competente para processar o pedido administrativo atinente à compensação financeira, não se cogita de definição da competência pelos critérios do cargo, ofício ou função, até porque a Justiça do Trabalho exerce jurisdição nos *writs* constitucionais.

O mais racional, *data máxima vênia*, parece ser adotar-se o critério material para a fixação da competência, previsto no art. 109, inciso I, parte final, da Constituição Federal, seja porque a questão posta em Juízo é oriunda da relação de trabalho (*lato sensu*) ou porque a Lei n. 14.128/2021 silencia quanto ao órgão jurisdicional competente para o julgamento de suas causas.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DE LIMA, Renato Brasileiro. *Competência Cível e Criminal da Justiça Federal*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.