

Organização:

Élisson MIESSA
Henrique CORREIA

TEMAS ATUAIS DE

Direito e Processo do TRABALHO

2ª

edição

Revista,
atualizada e
ampliada

2022

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Autores:

Amanda Barbosa
Barbara Anne da Silveira Bocuti
Beatriz Carvalho Nogueira
Ben-Hur Silveira Claús
Breno Lenza Cardoso
Bruno Freire e Silva
Camila Martinelli Sabongi
Carlos Henrique Bezerra Leite
Carolina Marzola Hirata
Carolina Tupinambá
Catharina Lopes Scodro
Cláudia Grasielle Vieira Werle
Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques
Cristiane Adad
Diego Costa Almeida
Edilton Meireles
Elessandro dos Santos Silva
Enoque Ribeiro dos Santos
Fabiano Carvalho
Felipe Bernardes
Flávio Figueira Nunes
Giovanna Gomes de Paula
Guilherme de Luca
Guilherme Guimarães Feliciano
Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Henrique Correia
Humberto Lima de Lucena Filho
Icaro de Souza Duarte
Ítalo Menezes de Castro
Jedson da Silva Henrique
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva
José Carlos do Carmo
Josley Soares
Júlio César Bebbber
Kelly Amorim
Laira Carone Rachid
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leticia Ferrão Zapolla
Luís Fernando Luchi
Luciano Alves Rossato
Marcela Barros Cunha Lima
Margibel A. de Oliveira
Maria Hemília Fonseca
Maria Maeno
Mauro Schiavi
Nayara Figueiredo de Negreiros
Paulo Henrique Martinucci Boldrin
Paulo Sérgio Jakutis
Priscila Rosa Moreira Sertek
Raquel de Melo Freire Gouveia
Raphael Miziara
Rodolpho César Aquilino Bacchi
Rodrigo Barbosa de Castilho
Rogério Renzetti
Tiago Antonio Paulosso Anibal
Victor Hugo de Almeida
Walter Rosati Vegas Júnior

Sobre a natureza da Covid-19 para fins trabalhistas, previdenciários e civis: trazendo luzes a algumas confusões conceituais. Caráter ocupacional, nexos de causalidade, responsabilidade civil e outros temas

Guilherme Guimarães Feliciano¹

Maria Maeno²

José Carlos do Carmo³

Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques⁴

Sumário: **1.** Introdução – **2.** O SARS-CoV-2 e a Covid-19: intelecções no mundo do ser. Aspectos de saúde pública – **3.** O SARS-CoV-2 e a Covid-19: intelecções no mundo do dever-ser. Aspectos de Direito Ambiental do Trabalho – **4.** A Covid-19 e os riscos ocupacionais: primeiras aproximações. O nexo de causalidade entre a Covid-19 e o trabalho humano (1): as possibilidades epidemiológicas – **5.** Sobre epidemias, endemias e pandemias: como qualificar a Covid-19? O nexo de causalidade entre a Covid-19 e o trabalho humano (2): as presunções legais – **6.** A responsabilidade civil do empregador frente à Covid-19 – **7.** Considerações finais – **8.** Referências.

-
1. Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Coordenador e Pesquisador do Núcleo de Pesquisa e Extensão "O Trabalho além do Direito do Trabalho" (FDUSP). Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela FDUSP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa.
 2. Pesquisadora da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro). Coordenadora do CEREST Estadual de São Paulo (1990-2006). Médica (USP). Mestre e Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo.
 3. Auditor fiscal do trabalho e técnico do CEREST Estadual de São Paulo. Médico (USP). Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Especialista em Medicina do Trabalho.
 4. Sanitarista da Fiocruz Brasília. Foi Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2003-2005) e Diretor de Vigilância de Doenças Transmissíveis do Ministério da Saúde (2011-2016), Médico (USP).

1. INTRODUÇÃO

Na semana em que o Brasil alcançava a inimaginável marca de 200 mil mortos em razão da Covid-19 (VALENTE, 2021)⁵, a jurisprudência nacional ainda discutia, nos âmbitos previdenciário e trabalhista, “*si et quando*” tal doença pode ser qualificada como doença ocupacional, seja para efeitos estritamente previdenciários (Lei 8.213/1991, art. 20, II), seja para efeitos trabalhistas (CLT, arts. 166, 169, 611-B, XVII etc.; Lei 8.213/1991, art. 118), seja ainda para efeitos eminentemente civis (i.e., para indenizações: CRFB, art. 7º, XXVIII, c.c. CC, art. 186 e/ou 927, *caput* e par. único, e CLT, art. 223-C).

Em esforço hermenêutico reducionista, houve quem sustentasse não ser jamais doença ocupacional, baseando-se no mais burocrático dos argumentos: a Portaria MS n. 2.309, de 28/8/2020, ao atualizar a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT) para os efeitos do art. 20, II, da Lei 8.213/1991, havia incluído a Covid-19; mas, pouquíssimos dias depois, o mesmo Ministério da Saúde editou a Portaria n. 2.345, de 2/9/2020, retirando tal doença da lista em questão. Esse movimento institucional quase esquizoide revela ao menos duas situações bem estabelecidas: a uma, a recorrente atecnia – se não o desleixo – com que algumas autoridades públicas federais trataram o tema, refletindo em boa medida o negacionismo muitas vezes histriônico do Presidente da República; e, a duas, a intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial que se instaurou a respeito do tema, mormente à vista das consequências legais acima elencadas (e do quanto poderão impactar financeiramente o patrimônio de empregadores e do próprio INSS). Outros ainda se esforçaram em caracterizar a Covid-19 como “*endemia*” – o que, ao menos por ora, é absolutamente equivocado – e em pontificar, pela via do art. 20, § 1º, “d”, da Lei 8.213/1991, que jamais se poderia reconhecer a sua natureza ocupacional (esquecendo-se, oportuna ou inadvertidamente, da presunção ínsita à parte final dessa mesma alínea “d”).

Tudo somado, temos um plexo de confusões conceituais que vêm preordenando conclusões equivocadas quanto à natureza da Covid-19 – nas perspectivas epidemiológica e jurídica –, quanto ao seu nexos causal com determinado trabalho e quanto às correspondentes responsabilidades do INSS e dos empregadores e tomadores de serviços (e, quanto a esses, especialmente a responsabilidade civil).

O presente estudo pretende lançar algumas luzes a respeito, contribuindo para a racionalização inclusiva e sistemática desse debate.

Voilà.

5. “O Brasil bateu a marca de 200 mil mortes em razão da pandemia do novo coronavírus. A atualização do Ministério da Saúde divulgada na noite desta quinta-feira (7) informa um total de 200.498 mortes em decorrência de covid-19”. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/covid-19-brasil-chega-200-mil-mortes>> acesso em 8/1/2020.

2. O SARS-COV-2 E A COVID-19: INTELECÇÕES NO MUNDO DO SER. ASPECTOS DE SAÚDE PÚBLICA

Como é de amplo conhecimento, o vírus SARS-CoV-2 é o agente etiológico da Covid-19 e faz parte da família dos coronavírus, que na sua grande maioria causa doenças em animais, sendo que alguns deles provocam doença semelhante a resfriado nos seres humanos.

No entanto, a partir de novembro de 2002, foram identificados em Guang-dong, China, quadros de pneumonias atípicas graves, notificados à Organização Mundial da Saúde (OMS). Em 11 de fevereiro de 2003, haviam sido identificados 305 casos dessa pneumonia atípica grave, 105 dos quais em profissionais de saúde, sendo que cinco foram a óbito. Após um paciente com quadro semelhante ser identificado em Hanói, Vietnã, tendo passado por Shangai e Hong Kong e infectado 29 profissionais de saúde do hospital onde foi internado, a OMS emitiu um alerta global, em 12 de março de 2003.⁶⁻⁷ De primeiro de novembro de 2002 a 7 de agosto de 2003, houve 8.422 casos registrados, 916 óbitos e 7.442 recuperados, sendo as principais áreas atingidas no mundo, a China com 5.327 casos, Hong Kong com 1.755, Taiwan com 665, o Canadá com 252 e Singapura com 238. Os outros aproximadamente 25 países atingidos não tiveram mais de 10 casos, cada um, com exceção das Filipinas, onde foram diagnosticados 14 casos, e dos Estados Unidos, com 33. O Brasil teve um caso.⁸ Não há relato da doença no mundo desde 2004. No Brasil, a doença em questão, SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*), passou a ser enquadrada entre as SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave).

Em 2012, um outro coronavírus foi identificado pela primeira vez na Jordânia e na Arábia Saudita, sendo, por esta origem geográfica, denominado MERS-CoV (*Middle East respiratory syndrome coronavirus*), que causa a doença respiratória MERS, com sintomas respiratórios graves e alta letalidade. Daquele ano até agosto de 2018, haviam sido confirmados laboratorialmente 2.229 casos de MERS, principalmente na Arábia Saudita (1.854 casos), na República da Coreia (surto em um hospital com 185 casos após a internação de uma pessoa proveniente do Oriente Médio), Emirados Árabes (86 casos) e Jordânia (28 casos). No Brasil não foi diagnosticado nenhum evento. Foram registrados 791 óbitos no mundo. (WHO, 2018)

Finalmente, o que se vive desde março de 2020 é uma pandemia⁹ de uma doença denominada Covid-19 (*Coronavirus Disease 2019*), cujo agente etiológico é um coronavírus, o SARS-CoV-2. Após os primeiros diagnósticos em Wuhan, na província de Hubei, China, em dezembro de 2019, a doença se alastrou por

6. WHO issues a global alert about cases of atypical pneumonia. World Health Organization. Disponível em <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2003/pr22/en/> > acesso em 02/09/2020.

7. Síndrome Respiratória Aguda Grave. Informação Técnica. Centro de Informações em Saúde para Viajantes. Disponível em <http://www.cives.ufrj.br/informes/sars/sars-it.html> > acesso em 02/09/2020.

8. Summary table of SARS cases by country, 1 November 2002 – 7 August 2003. World Health Organization. Disponível em https://www.who.int/csr/sars/country/2003_08_15/en/ > acesso em 02/09/2020.

9. OMS afirma que Covid-19 é agora caracterizada como pandemia. OPAS Brasil, 11 de março de 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812 > acesso em 13/09/2020.

outros países da Ásia e da Europa. A OMS já havia declarado a Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPIN) em 30 de janeiro, quando havia casos em 19 países, a maioria deles na Ásia, especialmente na China, mas também na Europa, Índia e América.¹⁰

O primeiro caso de Covid-19 identificado oficialmente no Brasil, em 26 de fevereiro de 2020, foi um homem, em São Paulo, que havia chegado em um voo procedente da Itália, país que então enfrentava uma grande epidemia.¹¹

O Brasil já havia declarado Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) no dia 3 de fevereiro (BRASIL, 2020a), que estabelecia o “Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional”, ao qual compete, entre outras atribuições, a “requisição de bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas”, conforme previsto em lei (BRASIL, 1990). Logo depois, detectou-se o primeiro acometimento de Covid-19 do país,¹² alóctone (i.e., vindo de fora do país; no caso, da Itália); e, após transitar por círculos sociais mais abastados, o vírus disseminou-se pelas periferias, sendo impossível deixar de lembrar o emblemático caso da morte de uma empregada doméstica, no dia 17 de março, que passava de segunda a sexta-feira na casa onde trabalhava, no Leblon, zona sul do Rio de Janeiro, e morava em outro município, distante cem quilômetros. Sua empregadora havia passado o carnaval na Itália e também tivera resultado de teste positivo para SARS-CoV-2,¹³ informação recebida pela secretaria de saúde do município no dia da morte da empregada.

Em 20 de março, o Ministério da Saúde declarava “em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19)” (BRASIL, 2020b), que significava que se reconhecia a ocorrência de casos autóctones,¹⁴ sem que fosse possível localizar os infectantes, pois o vírus já estava circulando entre pessoas que não haviam viajado ou tido contato com outras do exterior.

Como acontece com várias doenças, as desigualdades, nos aspectos socioeconômicos, étnicos, de inserção no mercado de trabalho e de idade são decisivas na exposição ao vírus e no risco de adoecer e morrer. Trabalhadores que foram obrigados a se manter em atividade laboral e que tiveram contato com outras pessoas foram mais acometidos do que os que permaneceram em casa, em trabalho

10. Os países com casos confirmados de coronavírus. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/01/30/os-paises-com-casos-confirmados-de-coronavirus.htm> > acesso em 22/09/2020.
11. Primeiro caso confirmado de Covid-19 no Brasil ocorreu em SP e completa seis meses nesta quarta. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/26/primeiro-caso-confirmado-de-covid-19-no-brasil-ocorreu-em-sp-e-completa-seis-meses-nesta-quarta.ghtml> > acesso em 12/10/2020.
12. Brasil confirma primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus. OPAS Brasil, 26/02/2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6113:brasil-confirma-primeiro-caso-de-infeccao-pelo-novo-coronavirus&Itemid=812 > acesso em 03/10/2020.
13. Primeira morte do Rio por coronavírus, doméstica não foi informada de risco de contágio pela “patroa.” Pública, 19/03/2020. Disponível em <https://apublica.org/2020/03/primeira-morte-do-rio-por-coronavirus-domestica-nao-foi-informada-de-risco-de-contagio-pela-patroa/> > acesso em 03/10/2020.
14. Caso autóctone: “é o caso de doença que teve origem dentro dos limites do lugar em referência ou sob investigação”. (ROUQUAYROL e ALMEIDA FILHO, 2003).

remoto¹⁵ (NAKANO, 2020; RIBEIRO, 2020). A importância da alta prevalência de determinadas doenças decorrentes da inserção social e do sinergismo entre as condições biológicas e sociais, há muito conhecida, fez com que outro termo passasse a ser lembrado para nominar a situação: *sindemia*. (SINGER e CLAIR, 2003). Considerando-se que a Covid-19 não é exatamente “democrática”, ao contrário do que muito se alardeia – basta ver que a doença mata mais agudamente pretos, pardos e pobres,¹⁶ além da maior letalidade entre homens e idosos –, seria talvez mais exato identificá-la como *doença sindêmica*. Nada obstante, em alinhamento com outros estudos adiante citados, seguiremos reportando-a como *pandemia* (o que diremos com maior vagar na seção 3, *infra*), na compreensão pressuposta de que não são conceitos reciprocamente excludentes.

3. O SARS-COV-2 E A COVID-19: INTELECÇÕES NO MUNDO DO DEVER-SER. ASPECTOS DE DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO

A partir do momento em que se reconhecia nacionalmente o fenômeno da transmissão comunitária, a dispersão do novo coronavírus adquiriu outro patamar, tornando-se uma questão efetivamente *ambiental*, na medida em que a circulação do microorganismo nos espaços naturais e artificiais que abrigam a população em geral passou a consubstanciar *risco biológico sistêmico e agravado*. No estágio de transmissão comunitária, qualquer indivíduo está sujeito, em maior ou menor grau, a adquirir a Covid-19 nos lugares em que frequenta; e, ao mesmo tempo, a transmitir o agente infectante para outras pessoas. A transmissão inter-humana do vírus, de base antrópica, porque resultante da ação humana sobre o meio ambiente, tornou-se um fenômeno passível de interferir negativamente na qualidade de vida da coletividade e de seus integrantes.

Nesse contexto, o *meio ambiente do trabalho*, a compreender o microsistema formado pelas condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psicossocial sob as quais o indivíduo desenvolve seu trabalho (esteja ou não subordinado a outrem), passou a figurar como um possível espaço de entronização e circulação do novo coronavírus, de modo que aquele risco, presente na generalidade dos espaços naturais e artificiais, também passou a integrar os ambientes de trabalho e a agravar decisivamente o risco de adoecimento dos trabalhadores ali inseridos.

15. Circulação para trabalho explica concentração de casos de Covid-19. *labcidade*. Disponível em <http://www.labcidade.fau.usp.br/circulacao-para-trabalho-inclusive-servicos-essenciais-explica-concentracao-de-casos-de-covid-19/> > acesso em 12/10/2020.
16. No Brasil, baseando-se em cerca de 30 mil casos notificados de Covid-19 (dados do Ministério da Saúde coletados até 18.5.2020), o Núcleo de Operações e Inteligência e Saúde da PUC-RJ identificou que, dentre os infectados, quase 55% dos pretos e pardos morreram, contra 38% dos brancos, sobretudo em razão do menor acesso a bons serviços de saúde. Mesma variação se observa em função da escolaridade: pessoas sem escolaridade tiveram taxa de letalidade três vezes maior do que a de pessoas com nível superior (71,3% contra 22,5%). Correlações similares foram demonstradas nos Estados Unidos da América (*APM Research Lab*) e no Reino Unido (*Office of National Statistics*). Disponível em <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/bbc/2020/07/12/por-que-o-coronavirus-mata-mais-as-pessoas-negras-e-pobres-no-brasil-e-no-mundo.htm> > acesso em 8/1/2021.

Pode-se afirmar, portanto, que a entronização e a circulação do novo coronavírus nos espaços laborais constituem, em um contexto de transmissão comunitária de base antrópica, nítidos pressupostos de *poluição labor-ambiental*, na medida em que tal possibilidade acaba por engendrar, naqueles espaços, um estado de *degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente [...] prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população [e] criem condições adversas às atividades sociais e econômicas*” (art. 3º, III, “a” e “b”).

No ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, o *direito ao meio ambiente equilibrado*, como consagrado pelo artigo 225, *caput*, da Constituição, abrange todos os aspectos naturais, artificiais e culturais – logo, físicos e imateriais – que circundam os seres humanos e que interferem na sua sadia qualidade de vida, incluindo-se aí aqueles que integram e condicionam o trabalho por eles desempenhado. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de reconhecer expressamente que *“a existência digna [...] perpassa necessariamente pela defesa do meio ambiente (art. 170, VI, da CRFB/88), nele compreendido o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CRFB/88)”*¹⁷

E como corolário do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (“*ex vi*” do artigo 225, *caput*, c.c. artigos 193 e 200, VIII, da Constituição Federal), a *Lex legum* consagrou, no seu artigo 7º, XXII, o direito social jusfundamental à *“redução dos riscos inerentes ao trabalho”*, que (a) realiza no plano laboral o princípio jurídico-ambiental da melhoria contínua ou do *risco mínimo regressivo* (OLIVEIRA, 2011, p. 148), (b) é titularizado por todos os trabalhadores em atividade no território nacional (ou, fora dele, se em conexão com o ordenamento jurídico brasileiro¹⁸), sejam ou não subordinados, e (c) traduz-se, para os empresários, nos deveres de antecipação, de planejamento e de prevenção/precaução dos riscos labor-ambientais. Tais deveres demandam, em síntese, a adoção de todas as medidas e instrumentos disponíveis no mercado, de acordo com o estado da técnica, que sejam economicamente viáveis e tecnologicamente aptos a promover a eliminação ou a mitigação das ameaças à vida, à integridade psicofísica e à saúde dos trabalhadores, de modo a *precaaver* e *prevenir* a ocorrência de quaisquer vicissitudes. (WERNER, 2001, p. 335-340).

17. BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 664.335/SC. RELATOR: Ministro Luiz Fux. Plenário. DJ: 12.2.2015.

18. V., e.g., Lei 7.064/1982, art. 3º, II. *In verbis*: “A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido [para o exterior] assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: [...] II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”. Ambos deram origem à Súmula Vinculante n. 25, pela qual “[é] ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Tal como o art. 5º, LXVII, porém, o art. 7º, XXII, também se encontra no Título II da Constituição e encerra direito humano fundamental. No primeiro dos arestos citados (voto vencedor), lê-se o seguinte: “[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...]” (RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60).

Em linha com tal diretriz constitucional, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n. 1.254/1994) – e, a nosso visto, internalizada com força de *supralegalidade* (mercê da intelecção do RE n. 466.343 e do RE n. 349.703, entre outros¹⁹) –, estabelece em seus artigos 16 a 18 que as empresas são obrigadas a garantir a segurança de seus processos operacionais com relação à integridade psicofísica de seus trabalhadores, bem como a implementar todas as medidas cabíveis, segundo a melhor técnica disponível, para elidir ou minimizar os riscos existentes em seus ambientes de trabalho, incluindo-se, aí, a elaboração de procedimentos destinados a lidar com situações de urgência.

Logo, à luz do conceito de meio ambiente do trabalho positivado pela Constituição Federal de 1988, bem como dos dispositivos constitucionais e convencionais que asseguram a sua integridade, para o resguardo da vida, da saúde e da segurança dos trabalhadores, é forçoso concluir que **o ingresso do novo coronavírus nos locais de trabalho, em um contexto de transmissão comunitária, configura um efetivo risco a desestabilizar o equilíbrio das condições de trabalho e a qualidade de vida dos trabalhadores**, configurando típica hipótese de **poluição labor-ambiental** (CF, art. 200, VIII, c.c. Lei 6.983/1981, art. 3º, III, “a” e “b”), uma vez consumada a contaminação interna.

Note-se, ademais, que, de acordo com a mesma Lei nº 6.938/81, o *poluidor* é classificado em seu artigo 3º, IV, objetivamente, como “*a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental*”. Daí porque, *oportunizando* a entronização e a circulação do novo coronavírus no meio ambiente artificialmente organizado, em condições de transmissão comunitária, há *risco proibido* – i.e., risco não inerente à atividade e desaprovado pela ordem jurídica – que convola o empregador em *poluidor*, para os fins do referido art. 3º, IV (ainda que *indiretamente*, à maneira das entidades financiadoras, licenciadoras ou “oportunistadoras” em geral²⁰), haja ou não “culpa” no fato da contaminação interna. Daí porque os tomadores de serviços em geral se encontram obrigados, por força dos artigos 7º, XXII e 225, *caput*, da Constituição Federal e dos artigos 16 a 18 da Convenção nº 155 da OIT, a *implementar programas e medidas concretas de prevenção destinadas a eliminar ou minimizar as ameaças derivadas do novo coronavírus*.

19. Ambos deram origem à Súmula Vinculante n. 25, pela qual “[é] ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Tal como o art. 5º, LXVII, porém, o art. 7º, XXII, também se encontra no Título II da Constituição e encerra direito humano fundamental. No primeiro dos arestos citados (voto vencedor), lê-se o seguinte: “[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. [...]” (RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60).

20. Poluidor indireto é aquele que “não executa a atividade diretamente causadora do dano”, mas contribui para a lesão, desde que se vincule por um necessário “dever de segurança”; e tal será o caso, se entendermos que o empregador não “causa” a contaminação (porque o vírus já está circulando externamente, em condições de contaminação comunitária), mas a oportuniza, já que o meio ambiente de trabalho se transforma em uma “caixa de ressonância” contaminatória.

E, nessa precisa ordem de ideias, entendíamos serem inconstitucionais, por malferimento ao art. 7º, XXII, da Constituição (risco mínimo regressivo), os artigos 15, 16, 17, 29 e 31 da Medida Provisória n. 927, de 22.3.2020. O art. 29 da MP 927/2020, em particular, era o que vazava a mais palmar das inconstitucionalidades, até mesmo em perspectiva sistêmica, tendo-se em conta que o objetivo de preservação do emprego, externado no *caput* do art. 1º, haveria de ser necessariamente o de preservar o emprego *decente* (e, logo, o valor social do trabalho digno e saudável).²¹ Ademais disso, o art. 2º enunciava, como perímetro de validade para os acordos individuais escritos (e, supõe-se, para todas as possibilidades engendradas pela medida provisória), “os limites estabelecidos na Constituição” (entre os quais, por evidente, aqueles dimanados do precitado art. 7º, XXII, da CRFB, como também de seus artigos 6º, 196 e 225).

Com efeito, se no início de março de 2020 o Ministério da Saúde reconhecia publicamente o estado de transmissão comunitária do SARS-CoV-2 em todo o território nacional, não era sequer razoável que o Poder Executivo federal editasse, no final do mesmo mês, um ato normativo apto a suspender “a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais” (e esses, ademais, apenas se não houvesse exame demissional realizado há menos de cento e oitenta dias), consoante art. 15, *caput* e § 3º, da MP 927/2020. A rigor, tal suspensão – que potencializava os riscos de internalização do novo coronavírus nos ambientes corporativos (quando o comando constitucional vai na direção da *redução* de riscos) – *prejudicou* o achatamento das curvas nacionais de infecção, cada vez mais exponenciais em todo o país, que se tornou o segundo no *ranking* mundial de contaminação (FELICIANO; TRINDADE, 2020), atrás apenas dos Estados Unidos da América.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal – a quem compete a função máxima de guardar a integridade do texto constitucional –, provocado a se manifestar sobre todos aqueles dispositivos, divisou inconstitucionalidade tão somente nos textos dos artigos 29 e 31; não nos demais preceitos. Com efeito, em 29.4.2020, ao julgar a medida cautelar pedida na ADI 6342-MC/DF (ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista) e em outras ações, o Plenário do STF entendeu por bem suspender tão somente a eficácia dos artigos 29 e 31 da MP 927/2020, acompanhando o voto divergente do Min. Alexandre de Moraes; quanto aos demais, referendou o indeferimento da medida cautelar, como pronunciado pelo Min. Marco Aurélio Mello em 26.3.2020. Ulteriormente, como se sabe, a própria medida provisória teve seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020 (v. Ato Declarató-

21. E “trabalho decente”, segundo a Organização Internacional do Trabalho, é todo trabalho produtivo e de qualidade, igualmente acessível e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, segurança (inclusive sanitária) e dignidade humana, apto a contribuir, qual condição fundamental, para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. O conceito foi formalizado, na ordem jurídica internacional, em 1999, e depois reafirmado em 2008, na 97ª Conferência Internacional do Trabalho, com a aprovação da “Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização equitativa” (Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336918.pdf. Acesso em 15.5.2020).

rio do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 92, de 20/7/2020); mas os problemas derivados da sua aplicação, ao longo de quatro meses, não tardarão a chegar às barras dos tribunais. Voltaremos a isto.

4. A COVID-19 E OS RISCOS OCUPACIONAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES. O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A COVID-19 E O TRABALHO HUMANO (1): AS POSSIBILIDADES EPIDEMIOLÓGICAS

Doenças infecciosas, amplamente conhecidas há várias gerações, são causadas por agentes biológicos, que podem ser definidos como “organismos ou moléculas com potencial ação biológica infecciosa sobre o homem, animais, plantas ou o meio ambiente em geral”. Podem ser “vírus, bactérias, archaea, fungos, protozoários, parasitos, ou entidades acelulares como prions, RNA ou DNA (RNAi, ácidos nucleicos infecciosos, aptâmeros, genes e elementos genéticos sintéticos etc.) e partículas virais (VPL)”. (BRASIL, 2017) Estão relacionados a esses agentes várias afecções com as quais convivemos há anos, tais como a febre amarela (causada por um arbovírus), a tuberculose (causada pela bactéria *Mycobacterium tuberculosis*), a malária (provocada por protozoários do gênero *Plasmodium*) e a aspergilose (causada pelo fungo *Aspergillus*). A febre amarela, a malária e a aspergilose não são contagiosas, isto é, não são transmitidas diretamente entre pessoas, enquanto a tuberculose sim.

Para a saúde coletiva, várias qualidades desses agentes devem ser consideradas no tocante a sua relevância social, quais sejam, a sua capacidade de disseminação ou transmissibilidade, a sua infectividade (i.e., sua capacidade de penetrar e de se desenvolver ou de se multiplicar no hospedeiro ocasionando uma infecção), a sua patogenicidade (i.e., sua qualidade de, instalado no organismo vivo, produzir sinais e/ou sintomas em maior ou menor proporção nos hospedeiros infectados), a sua virulência (i.e., a capacidade de produzir casos graves ou fatais), o seu poder invasivo (i.e., a capacidade de se difundir nos tecidos, órgãos e sistemas anatomofisiológicos do hospedeiro) e a sua imunogenicidade ou poder imunogênico (i.e., a sua capacidade de induzir imunidade no hospedeiro). (ROUQUAYROL e ALMEIDA FILHO, 2003)

O SARS-CoV-2 não é, até o presente momento, conhecido em sua plenitude, mas tem se mostrado um vírus de alta capacidade de disseminação, alta infectividade, média patogenicidade, média virulência e poder imunogênico ainda duvidoso (o que se traduz nas dificuldades constatadas durante os esforços de sintetização de vacinas). Apenas para se ter uma comparação, cite-se o caso da influenza, que apresenta um quadro clínico similar ao da Covid-19. Ambas as doenças apresentam semelhanças quanto à variabilidade da severidade do quadro clínico e aos modos de transmissão. No entanto, deve-se chamar a atenção para a diferença de velocidade de transmissão. A influenza tem um período de incubação de três dias, sendo, portanto, menor que o da Covid-19; e a transmissibilidade da Covid, por outro lado, parece ser duas a duas vezes e meia maior que a influenza (WHO, 2020a).

Uma das características acima descritas merece ser aprofundada, para que se possa refletir sobre o nexo de causalidade entre a Covid-19 e o trabalho: a capacidade de disseminação do vírus. Ela depende não só de suas características estruturais, mas também das condições para que possa se espalhar. O SARS-CoV-2 tem alta capacidade de disseminação e uma das razões para tal é a sua variedade de formas de transmissão. A OMS reconhece, em seus documentos, a transmissão do vírus por gotículas de saliva e secreções das vias respiratórias projetadas diretamente de portadores do vírus para pessoas próximas, como também, secundariamente, por contato com objetos ou superfícies contaminados.

Até há pouco tempo, a possibilidade de transmissão por meio de aerossóis, também chamada de transmissão aérea, era admitida apenas em situações específicas, que envolvessem atividades desenvolvidas por profissionais de saúde, entre as quais entubação endotraqueal, broncoscopia, posicionamento do paciente em pronação (de bruços), traqueostomia e reanimação cardiovascular (WHO, 2020). No entanto, pesquisas têm evidenciado a transmissão do vírus por aerossóis em situações cotidianas. Um dos estudos importantes foi o de Lu e col. (2020), que analisou o episódio de dez membros de três famílias que se infectaram em um restaurante com ar condicionado em Guangzhou, China. Após avaliarem as possíveis vias de transmissão, os autores concluíram que a via aérea contribuiu para a disseminação do vírus dentro do restaurante. Com centenas de contribuições e revisões por parte de cientistas de diversos países, Morawska e Milton (2020) publicaram um artigo em que apelam à comunidade e a entidades internacionais o reconhecimento da transmissão aérea do SARS-CoV-2 na sua disseminação, com fundamentação em vários estudos. Em julho de 2020, a OMS publicou uma nota alertando para a possibilidade desse meio de transmissão, mesmo em situações de fala e respiração normais, particularmente em ambientes mal ventilados (WHO, 2020a).

Outra característica do vírus, que contribui para a sua alta capacidade de disseminação, refere-se ao fato de que na maioria dos infectados (60-80%) a Covid-19 é assintomática ou oligossintomática, isto é, sem sintomas ou com sintomas leves; e, portanto, pessoas nessas condições são infectantes sem sequer imaginar que estejam disseminando o vírus. (WHO, 2020; WHO, 2020a). Cite-se ainda, entre as características do SARS-CoV-2, a duração do período de incubação, isto é, o tempo entre a infecção e o aparecimento de sintomas, que pode variar de 1 a 14 dias, embora em geral varie de 5 a 12 dias. Quanto mais longo é o período de incubação, mais disseminação pode haver, pois mesmo sem sintomas, o infectado pode transmitir o vírus por mais tempo.

Para além dos aspectos específicos do vírus, deve-se levar em conta a existência de hospedeiros suscetíveis, isto é, sem defesas imunológicas contra ele. Tome-se como exemplo, uma pessoa infectada pelo SARS-CoV-2 que viaja centenas de quilômetros para visitar um parente que está isolado buscando inspiração para um livro e somente uma vez por mês vai ao vilarejo mais próximo para comprar mantimentos. O visitante deixa-o após cinco dias e seu parente escritor tem sintomas de um “resfriado,” que passam após uma semana. O contato seguinte do escritor com um ser humano se dá após um mês, quando provavelmente não está mais infectando. Esse encontro entre duas pessoas que produziu doença em uma

delas não trouxe nenhuma consequência importante, pois o vírus se inativa após certo tempo sem encontrar outro hospedeiro. No entanto, considere-se o mesmo exemplo, só com uma pequena mudança. Em vez de permanecerem em casa, resolvem ir ao vilarajo para se encontrar com amigos em uma confraternização de aniversário. A tendência do vírus se espalhar pelas pessoas presentes ao encontro é significativa, assim como de que elas se tornem disseminadoras para outros círculos sociais. Ao ir embora, o infectado assintomático teria deixado não apenas o escritor doente, mas vários outros com infecção, que se tornariam fontes de transmissão nos contatos inter-humanos comuns em uma comunidade. É, “*mutatis mutandi*”, a diferença que se pode estabelecer entre o caso de um trabalhador portador de Covid-19 que é isolado dos demais, na linha das diretrizes da Portaria Conjunta ME/SEPT nº 20/2020 (BRASIL, 2020d)²², e o caso de um trabalhador infectado que é (re)introduzido no meio ambiente de trabalho, antes da inativação do vírus, estabelecendo contatos diretos e indiretos com inúmeras outras pessoas ativas no mesmo local.

Outros exemplos emblemáticos podem ainda ser cogitados nas órbitas do trabalho humano. A primeira atividade presente no senso comum, quando se trata de risco de infecção, é a de cuidado prestado por profissionais de saúde aos pacientes com suspeita ou confirmação de Covid-19, que certamente apresenta uma alta probabilidade de exposição ao vírus (o que deve ser levado em consideração). Essa possibilidade aumenta ou diminui segundo condições ambientais, organizacionais e de proteção pessoal, mas é sempre presente pela própria natureza do ofício. A existência de sistema de ventilação adequado, incluindo a de pressão negativa para alguns ambientes, barreiras físicas, o estabelecimento de fluxo de pacientes e equipes de saúde, de maneira que o contato interpessoal seja o menor possível, são condições que minimizam a possibilidade de infecção pelo SARS-CoV-2, assim como o uso de vestuário protetor apropriado para as diferentes situações, como aventais, toucas, luvas, protetores faciais e máscaras com as propriedades físicas íntegras. Tão relevantes quanto os aspectos citados, ademais, são as condições que esses profissionais têm para desenvolver suas atividades com atenção e concentração, o tempo para treinamento e atualização nos procedimentos de saúde, assim como o tempo de paramentação e de desparamentação, todos aspectos que têm se mostrado importantes no processo de infecção (OSHA, 2020; SOUZA, 2020). E, como é cediço, esses tempos e aquelas condições revelam-se sensivelmente comprometidos quando há sobrecarga, intensificação e elevado ritmo de trabalho, que resultam em desgaste físico e mental.

22. A portaria – que, a propósito, é muito mais adequada que a malsinada MP 927/2020 (e poderia tê-la substituído, com imensa vantagem, em matéria de saúde e segurança do trabalho) – dispõe, p. ex., no item 2.5 do seu Anexo I, que “[a] organização deve afastar imediatamente os trabalhadores das atividades laborais presenciais, por quatorze dias, nas seguintes situações: a) casos confirmados da COVID-19; b) casos suspeitos da COVID-19; ou c) contatantes de casos confirmados da COVID-19”. Compreendemos, porém, que suas medidas de prevenção precisariam ser mais elasticizadas, a bem dos princípios da prevenção e da precaução, alcançando inclusive os contatantes de casos suspeitos. Na realidade, dentro de suas finalidades, pode-se considerá-la tímida, especialmente na comparação com os procedimentos adotados em países da União Europeia.

Referências de classificação de atividades de trabalho segundo possibilidades de exposição ao vírus têm sido publicadas²³ (OSHA, 2020), mas devem ser analisadas conforme o contexto social de cada localidade; e o que deve ser primordialmente considerado, em todo caso, são as oportunidades de transmissão viral.

Publicações científicas têm alertado para a atenção necessária aos locais e atividades de trabalho como fontes de disseminação do vírus, de doenças e de mortes. Em um estudo realizado de março a julho do corrente ano, em 17 países, verificou-se que serviços de saúde, em particular as instituições de cuidados de longa duração e hospitais, locais de processamento e empacotamento de alimentos, manufatura, construção civil, escritórios, comércio, educação, serviços militares e minas foram atividades em que se identificaram grupos de acometidos. (ECDC, 2020). Moen (2020) levanta, ademais, a necessidade de se reconhecer a importância da atividade de trabalho como fonte de infecção, lembrando-se dos professores, dos motoristas de transporte público, dos cabeleireiros, dos educadores físicos pessoais e dos comerciários de varejo. Aliás, países como a Bélgica já estenderam, para além dos profissionais de saúde, o reconhecimento do caráter ocupacional da Covid-19 para atividades essenciais exercidas durante o confinamento e nas quais a natureza do trabalho não permita o distanciamento de 1,5m um do outro. (Fedris, 2020)

Sindicatos de trabalhadores têm se pronunciado sobre a necessidade do reconhecimento da Covid-19 ocupacional, a exemplo do conselho que reuniu várias entidades representativas internacionais de trabalhadores por ocasião do Dia Mundial em Memória às Vítimas de Acidentes do Trabalho, 28 de abril (GLOBAL UNIONS, 2020). Foram elencados como trabalhadores expostos ao risco de contrair a doença, entre outros, profissionais de saúde, de serviços funerários, de farmácias, do correio, de instituições educacionais, de telecomunicações, de hotéis, do transporte, jornalistas e policiais.

Em linhas gerais, é compreensível que o estabelecimento de relação entre o trabalho e a Covid-19 deve levar em conta, além das características do vírus, as condições de trabalho particulares de cada país e as probabilidades derivadas de cada ocupação específica. É preciso tomar em consideração, ademais, as próprias condições ambientais em que o trabalho concretamente é desenvolvido, assim como aquelas do deslocamento (trajeto) de ida e volta para o local de trabalho.

No Brasil, os dados são escassos, pelas razões que passamos a expor. O sistema de notificação eletrônico da Covid-19 é o denominado “eSUS VE”, com a “ficha de investigação de caso de Síndrome Gripal suspeito de doença pelo coronavírus – Covid-19 (B34.2)”²⁴, que solicitava informações sobre a ocupação do paciente, apenas quando se tratasse de profissional de saúde ou profissional de segurança e, somente no caso do primeiro, incluía detalhamento segundo a Classificação Brasileira de Ocupação (CBO). A partir de agosto de 2020, outras ocupações passaram

23. Impacto Covid-19 (coronavírus). Disponível em <https://impactocovid.com.br/atividade-essencial.html> > acesso em 03/10/2020.

24. Ficha de investigação de caso de Síndrome Gripal suspeito de doença pelo coronavírus – Covid-19 (B34.2), 5/10/2020. Disponível em https://datasus.saude.gov.br/wp-content/uploads/2020/10/Ficha-Covid-19-05_10_20_pdf.pdf > acesso em 12/10/2020.

a fazer parte do campo de ocupação da ficha informatizada; mas, ao contrário do preenchimento obrigatório que vale para os profissionais de saúde e de segurança, no tocante às demais ocupações, o preenchimento é facultativo. Além disso, na atualização das instruções de preenchimento de 29 de setembro de 2020, em relação a essa questão, nada havia sido alterado.²⁵ Assim, não se tem conhecimento da completude do preenchimento desse campo, ou seja, da proporção de casos notificados apropriadamente.

Somente em agosto, o Ministério da Saúde publicou as “Orientações de Vigilância Epidemiológica da Covid-19 Relacionada ao Trabalho”, reconhecendo o papel importante dos ambientes e processos de trabalho na “disseminação rápida do vírus, em especial quando confinados, com ventilação insuficiente, com tarefas e funções que geram aglomeração e proximidade entre os trabalhadores [...]” (BRASIL, 2020c).

Nestas orientações o MS considera casos confirmados aqueles em que se pode evidenciar a “exposição/contato com pessoas (usuários, clientela dos serviços) ou outro(s) trabalhador(es) Covid-19 positivo(s) no ambiente de trabalho e/ou condições de trabalho propícias para essa exposição/contaminação ou provável(is) contato(s) no trajeto de casa para o trabalho e vice-versa, porém, sem histórico de caso confirmado no domicílio e ou em contato comunitário, cronologicamente compatíveis”.²⁶ Destaque-se a correta inclusão da possibilidade de contágio durante o trajeto de ida ou volta do trabalho. O documento continua dizendo que quando, na investigação, verificar-se que a doença não “foi **provavelmente** adquirida durante as atividades laborais ou no trajeto de casa para o trabalho e vice-versa”, não se deve caracterizar a Covid-19 como doença relacionada ao trabalho” (g.n.). Ou seja, segundo este entendimento, quando não houver *probabilidade razoável*, mesmo que exista a possibilidade de a relação causal existir, descarta-se o estabelecimento da relação com o trabalho, desfavorecendo, injusta e equivocadamente, o trabalhador, a quem caberá o ônus da prova. “Provavelmente”, portanto, é advérbio que só poderá ter cabimento, neste caso, se significar *probabilidade* a partir dos indícios (e não “comprovação cabal”, como sugeria o art. 29 da MP 927/2020).

Apesar de se tratar de uma doença e não de um acidente, o MS optou por definir a “Ficha de Acidente de Trabalho” para registro dos casos no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan). O motivo da escolha deveu-se ao fato de que, dentre as fichas existentes para a notificação de agravos ocupacionais, essa era a que continha o maior número de campos para a descrição das características do trabalho. Em decorrência da demora do MS em definir o instrumento de registro dos casos, a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, habitualmente

25. Instrutivo de preenchimento da ficha de notificação de caso de Síndrome Gripal suspeito de doença pelo Coronavírus 2019 – Covid-19 (B34.2). Disponível em https://datasus.saude.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/Instrutivo-e-SUS-VE_V.Final_.pdf > acesso em 12/10/2020.

26. “A contrario”, e na dicção do mesmo documento, consideram-se casos **descartados** de Covid-19 ocupacional todos aqueles “casos de COVID-19 confirmados e registrados no e-SUS VE e Sivep Gripe que, após investigação epidemiológica, foi verificado que a doença NÃO mantém relação com o trabalho ou NÃO foi provavelmente adquirida durante as atividades laborais ou no trajeto de casa para o trabalho e vice-versa” (g.n.).

responsável por um grande número de notificações, já havia definido que a ficha de “Acidente com Material Biológico” é que deveria ser utilizada (SMS, 2020).

Traslademos agora esses elementos para o campo técnico-jurídico, não sem antes buscar, do ponto de vista epidemiológico, a mais correta qualificação da Covid-19.

5. SOBRE EPIDEMIAS, ENDEMIAS E PANDEMIAS: COMO QUALIFICAR A COVID-19? O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A COVID-19 E O TRABALHO HUMANO (2): AS PRESUNÇÕES LEGAIS

Na discussão sobre o reconhecimento da relação com o trabalho para fim de registro, por meio de Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, tem se levantado sobre a Covid-19 ser de natureza endêmica ou epidêmica.

A Lei 8.213/1991, no art. 20, § 1º, estabelece não se considerar doença profissional ou do trabalho:

[...] **d)** a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Os conceitos podem ser traduzidos de maneira objetiva para a análise de situação de saúde, conforme segue: “Epidemia é definida como a ocorrência em uma região ou comunidade de um número de casos em excesso, em relação ao que normalmente seria esperado. Ao descrever uma epidemia, deve ser especificado o período, a região geográfica e outras particularidades da população em que os casos ocorreram.” (BONITA e col., 2020) Continuam os autores na definição de endemia: “As doenças transmissíveis são chamadas de endêmicas quando em uma área geográfica ou grupo populacional apresenta um padrão de ocorrência relativamente estável com elevada incidência ou prevalência.”

Fica claro que, em estudos de epidemiologia descritiva, para a caracterização de uma situação epidemiológica, é necessária a definição de lugar e de tempo. A descrição tem validade, assim, para regiões geográficas definidas e períodos determinados.

Diferentes cenários podem ser observados, em relação a qualquer doença transmissível que se pretenda abordar.

Há situações em que a doença não existe em um determinado território e não há condições para que ali haja transmissão. Podem ser identificados casos importados, ou seja, de pessoas advindas de lugares com transmissão, mas não haverá casos autóctones, contraídos na região. É o que acontece, por exemplo, com doenças de transmissão vetorial onde o vetor necessário à propagação não está presente. Nestes casos, não ocorre epidemia, nem endemia. Em outras, não se observam casos de uma doença, mas há condições locais para sua transmissão. Ainda que o agente infeccioso não esteja presente na localidade, sua introdução, em determinado momento, geralmente por viajantes, produtos, vetores ou hospedeiros

vindos de fora, é possível e pode desencadear o ciclo de transmissão autóctone. Uma terceira possibilidade ocorre quando há condições locais para transmissão e o agente circula regularmente entre os habitantes. Neste caso, com ocorrência habitual de casos e manutenção de cadeias de transmissão continuamente, a situação é chamada de endêmica.

Pelo exposto, é possível deduzir que sempre que se identifica uma doença que não existia previamente em uma região, pode se tratar da ocorrência de casos isolados ou de uma situação de epidemia. Quando uma epidemia atinge simultaneamente diversos continentes, passa a ser chamada de pandemia. Assim, toda pandemia é uma epidemia, mas felizmente poucas epidemias se alastram tão amplamente que possam produzir pandemias.

Se após longo período de ocorrência de uma doença nova com transmissão local, as ações de controle não forem capazes de interromper as cadeias de transmissão, a doença pode se tornar endêmica. Se ocorrerem mudanças nas condições do hospedeiro, do agente ou do ambiente, uma doença endêmica também pode se tornar epidêmica.

Em nosso país, temos observado uma variação do número de casos novos registrados, com valores crescentes no início, passando por um declínio após ter atingido o topo da curva e, mais recentemente, progredindo para alcançar novos picos, com franca probabilidade de aumento nos primeiros meses de 2021, em razão da continuidade da quebra do distanciamento físico, agravada pelas festas de final de ano, e provavelmente também em decorrência de algumas variações do vírus que implicam maior transmissibilidade. Por esses motivos, não há dúvidas de que, no Brasil, a Covid-19 deve ser considerada uma *doença epidêmica* (se não *sindêmica*, como dito acima). Por outro lado, a depender do êxito dos programas de vacinação pública que começarão a ser implementados neste primeiro semestre de 2021 – e da sua capacidade (ou não) de interromper cadeias de transmissão local –, poderemos ter a evolução para uma doença tipicamente *endêmica*. De um ou outro modo, porém, a questão do *nexo de causalidade* pode se basear no art. 20, § 1º, “d”, da Lei 8.213/1991, como *regra legal subsidiária* para todos os casos de epidemias, e não de endemias, gerando um modelo especial de presunções legais que deve reger a matéria. Explique-se melhor.

O artigo 29 da MP 927/2020, ao dispor que “[o]s casos de contaminação pelo coronavírus (covid 19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”, corrompia o modelo de presunções legais já estabelecido na órbita previdenciária, carregando sempre para o *trabalhador* o ônus de provar o nexo causal entre o trabalho e a contaminação pelo SARS-Cov-2 (não raramente, às raias da “*probatio diabolica*”, obstando sistematicamente qualquer ordem de responsabilidade patronal). Já por isso, andou bem o STF ao suspender os seus efeitos (*supra*), embora por razões mais prosaicas do que as que ora se dilucidam. A inconstitucionalidade residia sobretudo no fato de que o preceito virtualmente impedia o próprio acesso à ordem jurídica justa, contrariando o disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB, que assegura a todos o *pleno acesso à justiça*. Como sustentamos alhures (FELICIANO, RIBEIRO, 2021), essa garantia constitucional inclui, em igualdade de condições, *as presunções e inversões do ônus da prova em sede de*

nexo causal previdenciário. Esses mecanismos, aliás, são absolutamente necessários, ante a imensa dificuldade de produção de provas do liame de causalidade entre o trabalho e as doenças infectocontagiosas, principalmente quando há um número extremamente elevado de casos, mesmo nas hipóteses em que o trabalhador labore diretamente exposto ao agente biológico (especialmente se a exposição também puder ocorrer externamente).

É o que, desde 2006, decorre, p. ex., dos termos do art. 21-A, *caput*, da Lei 8.213/1991 (na redação original da MP 316/2006 e, atualmente, da Lei Complementar 150/2015), para o chamado *nexo técnico epidemiológico* (NTEP). Em tais casos, como se sabe,

[a] perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

A matéria resta regulada, ademais, pelo art. 337, § 3º, do Decreto n.º 3.048/99, que reporta relação taxativa na Lista “C” do Anexo II do mesmo Regulamento. E, com efeito, nas hipóteses de doenças ocupacionais baseadas em NTEP positivo para as atividades patronais concretamente consideradas, estaremos diante de uma regra de *causalidade adequada pelo critério probabilístico* – mais, portanto, que uma mera presunção legal –, cogitando-se inclusive de *prova estatística* a respeito da probabilidade de nexo causal, se a hipótese não estiver relacionada. Ou, como dissemos alhures (FELICIANO, 2005, pp.74-76),

[n]o plano da aferição causal (= relevância causal para o Direito), remanesce tão-só o primeiro critério (previsibilidade objetiva), depurado de seu aspecto puramente valorativo, a que denominaremos de *previsibilidade estatística*, para objetivá-lo ainda mais e extremá-lo de conceitos símiles. A *previsibilidade estatística* nada mais é que o juízo “*ex ante*” de previsibilidade, baseado no conhecimento nomológico das ciências e no dado da experiência comum (elemento empírico). [...] Em termos práticos, essa proposição remodela a teoria original para acometer a outra instância subsuntiva a aferição da *idoneidade jurídica* de um antecedente causal do resultado típico (porque aí já não se cuida mais de causalidade, e sim de imputação). Antes disso, porém, seguem válidos os postulados de von Kries e von Bar para examinar a *provável* causalidade (ainda que as ciências naturais não possam formular, a propósito, um juízo de necessidade), aferindo-se, no processo, a *idoneidade causal* do fato [...], não pela sua necessidade matemática. [...] O dado empírico ou estatístico pode prescindir de prova pericial, embora não seja com ela incompatível, já que a Estatística também é uma ciência. Poderá o julgador, por conseguinte, designar, a seu critério, *perícias estatísticas* em matéria ambiental. [...]”

Deveres pré e pós-contratuais: o posicionamento da jurisprudência trabalhista sobre a exigência de antecedentes criminais na admissão e sobre a elaboração de carta de recomendação de antigo empregado

Henrique Correia¹

Sumário: **1.** Introdução – **2.** Deveres pré-contratuais: exigência de antecedentes criminais do empregado – **3.** Deveres pós-contratuais: limites à elaboração da carta de recomendação do ex-empregado – **4.** Deveres pré e pós-contratuais e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD: **4.1.** Tratamento de dados na fase pré-contratual; **4.2.** Tratamento de dados após o término do contrato de trabalho – **5.** Conclusão – **6.** Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os deveres do empregado e do empregador decorrem da celebração do contrato de trabalho. Esse contrato é o ajuste verbal ou escrito, tácito ou expresso, firmado entre o empregado, que assume a obrigação de prestar serviços não eventuais e subordinados, e o empregador, que assume a obrigação de pagar salário. Portanto, com a celebração do contrato de trabalho surgem direitos e deveres às partes da relação de emprego que deverão ser observadas ao longo de toda a duração do vínculo de emprego.

Dentre os deveres contratuais, cita-se a prestação dos serviços pelo empregado, a obediência às ordens lícitas dadas pelo empregador, o cumprimento da jornada de trabalho, o pagamento de salário e das demais verbas pelo empregador, a concessão de férias, dentre tantos outros.

No entanto, é importante ressaltar que existem deveres que ultrapassam a existência do próprio contrato de trabalho e deverão ser observados antes e após a sua vigência. É o que se denomina deveres pré-contratuais e pós-contratuais.

1. Procurador do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho na Escola Trabalhista (www.escolatrabalhista.com.br) e em diversos cursos pelo país. Coordenador da Pós-Graduação Profissional em Direito e Processo do Trabalho do Aprovação PGE e da Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo. Autor de diversos livros jurídicos pela Editora Juspodivm. Site: www.henriquecorreia.com.br.

Tradicionalmente, os deveres contratuais, aqueles que ocorrem dentro do contrato, são os principais temas abordados pelos autores. Por sua vez, os deveres que antecedem e sucedem o contrato de trabalho não tratados ou são tratados apenas de forma superficial.

No presente trabalho, trabalharemos os principais impactos na prática trabalhista relativos aos deveres pré e pós-contratuais. Com isso, o presente artigo tem o objetivo de analisar a exigência de antecedentes criminais na contratação de empregados e da elaboração de carta de recomendação de ex-empregados no âmbito das recentes decisões dos tribunais trabalhistas.

Note, por fim, que os assuntos são recorrentes no dia a dia de empresas e empregados e geram diversas discussões quanto à ponderação entre o respeito à intimidade do trabalhador e o direito de a empresa ser informada acerca do passado criminal por meio da certidão de antecedentes e profissional por meio da carta de recomendação.

2. DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS: EXIGÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO EMPREGADO

Os deveres pré-contratuais devem ser observados no processo de admissão do empregado na empresa. Esses deveres decorrem da necessidade de se observar a boa-fé, a lealdade e a probidade entre a empresa e os candidatos à vaga de emprego.

Sobre o assunto, em 2011, a CLT foi alterada para incentivar o ingresso de novos profissionais no mercado de trabalho. Como forma de proporcionar que trabalhadores, ainda sem experiência, possam ocupar novos postos de trabalho, o empregador está proibido de exigir do candidato comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 meses. De acordo com o art. 442-A da CLT:

Art. 442-A da CLT: Para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade.

É difícil, na prática, fiscalizar a conduta do empregador, pois não há necessidade de fundamentar o motivo da não contratação dos candidatos mais inexperientes. Entretanto, se comprovada a prática discriminatória, por meio de anúncio no jornal, por exemplo, a empresa pode ser autuada pela fiscalização do trabalho.

Ainda no tocante ao tema da admissão do empregado e dos limites aos poderes do empregador, é válido destacar que a exigência de antecedentes criminais sempre foi um tema controverso na doutrina e na jurisprudência trabalhista.

De um lado, prepondera o interesse do empregador de contratar um empregado que não tenha antecedentes criminais, especialmente nas relações que exigem maior confiança entre as partes, seja por envolver questões pessoais, como é o caso da empregada doméstica, seja pelo trabalho com valores e materiais de alto valor, como é o caso de empregados no transporte de dinheiro.

Do outro lado, há a necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com respeito à intimidade, privacidade e vida privada, além da sustentação de que o trabalhador já cumpriu sua pena e não pode ficar privado de alcançar vagas de emprego por conta de crimes passados.

O posicionamento doutrinário majoritário era contra a possibilidade de exigência dessa documentação dos empregados por violação aos direitos. Nesse sentido, segundo Vólia Bomfim Cassar², o empregador não poderia exigir antecedente criminal dos empregados na admissão, uma vez que o ato consiste em violação à vida privada do trabalhador e consiste numa forma de discriminação na contratação.

Diante da relevância e atualidade do assunto, o TST instaurou incidente de recurso de revista repetitivo para pacificar a jurisprudência trabalhista.

A Lei nº 13.015/14 inseriu em seus dispositivos a figura do recurso de revista repetitivo (CLT, arts. 896-B e 896-C). Trata-se de um julgamento por amostragem, já que o TST escolhe alguns processos e forma uma tese jurídica a ser aplicada aos demais processos idênticos ou semelhantes. Antigamente, essa aplicação era obrigatória apenas para os processos que estavam em curso. Com o Novo CPC, tal decisão é considerada um precedente obrigatório, de modo que deve ser observada para os julgamentos futuros (art. 15, I, “a”, Instrução Normativa nº 39 do TST).

Excepcionalmente, o precedente poderá deixar de ser aplicado, desde que se demonstre, fundamentadamente, a existência de superação ou distinção (*distinguishing*), ou seja, que se trata de hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa (art. 15 da Instrução Normativa nº 38 do TST). Portanto, passa a ser de extrema relevância o conhecimento dos julgamentos proferidos nos recursos de revista repetitivos.

Em março de 2015, o TST acolheu a proposta de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nos processos RR-243000-58.2013.5.13.0023 e RR-184400-89.2013.5.13.0008 referente ao tema “Dano Moral. Exigência de Certidão Negativa de Antecedentes Criminais” a ser julgado pela SDI-I por meio de sorteio do recurso a um relator e revisor. Foi submetida a seguinte questão para julgamento: **“A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral?”**.

No julgamento, o TST firmou a tese de que a exigência de antecedentes criminais que venha a configurar tratamento discriminatório do trabalhador ou que não se justifica em razão de previsão de lei, natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia existente na relação de emprego configura dano moral, que será devido independentemente se o trabalhador foi ou não contratado pela empresa.

Por outro lado, se existir previsão legal, se assim demandar a natureza do ofício ou o grau especial de fidúcia, é possível que o empregador exija a Certidão de Antecedentes Criminais. Em caráter exemplificativo, o Tribunal elencou exemplos de profissões que permite a Certidão de Antecedentes pelo empregador:

2. CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 919.

- Empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins);
- Motoristas rodoviários de carga;
- Empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes;
- Bancários e afins;
- Trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas;
- Trabalhadores que atuam com informações sigilosas.

Ressalta-se que não há impedimento para que outras profissões também possam permitir a exigência de certidão de Antecedentes Criminais, pois a lista apresentada é apenas exemplificativa. Nesse sentido, entendemos que, por exemplo, os trabalhadores de transporte de valores, em razão da fidúcia especial inerente ao trabalho, também podem ser submetidos à apresentação dos antecedentes.

Note-se, portanto, que o empregador deve agir com cautela na exigência da certidão com o argumento de a natureza do ofício ou o grau de fidúcia da relação assim exigirem. O tribunal estabeleceu diversos exemplos que servirão de baliza para a determinação quanto ao procedimento da empresa no momento da admissão do trabalhador.

Entretanto, é importante mencionar que o tribunal rejeitou duas teses apresentadas pelo relator. A primeira delas determinava que o empregador somente poderia exigir a certidão de antecedentes na ocupação ou serviço que houvesse potencial para se degenerar em conduta tipificada como ilícito penal. A segunda tese rejeitada sustentava que seria ilícita a discriminação do candidato a emprego em que a prestação de trabalho não daria margem razoável para a prática de delito pelo qual responde a processo-crime ou foi apenado:

Teses rejeitadas pelo TST:

IV) Ao ponderar o direito de acesso à informação, exercido pelo empregador em proveito de todos que interagem no ambiente de trabalho, com o direito à privacidade e ao esquecimento, assenta-se que somente ocupação ou serviço com potencial para se degenerar em conduta tipificada como ilícito penal autoriza a exigência de certidão de antecedentes criminais ou sua utilização para preterir-se candidato a emprego;

V) Sob as luzes do princípio da isonomia, é ilícita, gerando dano extrapatrimonial, a discriminação, em concreto, do candidato a emprego em que a prestação de trabalho não se possa razoavelmente degenerar em conduta descrita no tipo penal pelo qual responde a processo-crime ou foi apenado

Ainda que não tenha sido formalizado o contrato de trabalho, a empresa e os candidatos à vaga de emprego devem observar os deveres pré-contratuais. No tocante aos antecedentes criminais, destaca-se que o TST firmou precedente obrigatório em incidente de recurso de revista repetitivo no sentido de que os antecedentes somente poderão ser exigidos se houver previsão em lei, decorrer da natureza do ofício ou houver grau especial de fidúcia entre as partes. Em qualquer hipótese

fora dessas traçadas pelo tribunal, o empregado terá direito ao recebimento de indenização por dano moral.

Nota-se que, apesar de pacificar a questão e traçar exemplos, o tribunal deixou aos intérpretes do Direito do Trabalho, em cada caso concreto, a definição de quais são as atividades que efetivamente permitem a exigência do atestado criminal. Nesse sentido, as empresas que atuam em atividades que não foram elencadas de forma exemplificativa pelo TST devem se resguardar e evitar a exigência dos antecedentes se não houver julgados pacíficos quanto à sua viabilidade.

3. DEVERES PÓS-CONTRATUAIS: LIMITES À ELABORAÇÃO DA CARTA DE RECOMENDAÇÃO DO EX-EMPREGADO

Os deveres pós-contratuais serão cumpridos após o fim do contrato de trabalho. Também decorrem diretamente da necessidade de cumprimento dos princípios da boa-fé, lealdade e probidade entre as partes da relação de emprego. Nesse sentido, ainda que inexistente contrato de trabalho, o empregado não pode divulgar segredo de empresa que a ele foi confiado sem autorização da empresa, pois essa conduta violaria diretamente o princípio da boa-fé.

É nesse contexto que surgem as discussões quanto aos parâmetros que devem ser observados na elaboração das “cartas de recomendação” que a empresa elabora em relação aos seus antigos funcionários.

A Carta de recomendação é um documento emitido pelo antigo empregador, que contém uma avaliação das qualidades do trabalhador. Em processos seletivos para novas vagas, é comum que o RH ou departamento pessoal solicite a apresentação do documento como forma de complementar o currículo do profissional.

Não existe previsão legal ou normativa que obrigue a empresa a fornecer carta de recomendação para um antigo empregado. Dessa forma, em regra, a empresa não é obrigada a fornecer o documento. Há julgados de TRTs que reforçam a ausência de danos morais pela não apresentação da carta de recomendação por ausência de previsão legal, ressalvado eventual obrigação celebrada de natureza contratual. Nesse sentido, confira trecho da jurisprudência do TRT da 11ª Região:

4. CARTA DE RECOMENDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Inexiste qualquer respaldo legal que dê amparo ao pedido de condenação das empresas reclamadas na obrigação de fazer consistente na produção de “carta de recomendação”, sendo certo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (vide inc. II do art. 5º da CF/88). (TRT 11 – RO nº 0000592-68.2018.5.11.0006 – Relator: Audaiphil Hildebrando da Silva – Data de publicação: 09/05/2019)

Em virtude desta ausência de base legal, alguns sindicatos firmam convenções ou acordos coletivos de trabalho para que a empresa seja obrigada a fornecer a referida carta de recomendação. Nessa situação, caso a empresa não a preste, estará descumprindo norma coletiva, o que pode gerar responsabilização da empresa tanto em âmbito de reclamação trabalhista individual e ação coletiva do sindicato

Caso o empregador não tenha gostado do serviço do empregado, ele pode prestar informações negativas sobre ele? A produção da carta com referências negativas gera por si só direito à indenização por danos morais? Existem dois posicionamentos na jurisprudência trabalhista.

O primeiro posicionamento sustenta a necessidade de comprovação do dano moral para o direito à indenização do trabalhador. Para essa corrente, o empregado deverá demonstrar a lesão, nexo de causalidade e a ocorrência de ofensa ao patrimônio moral do ofendido, de modo a lhe causar sofrimento, infortúnio, tristeza, de sorte que o seu equilíbrio emocional seja abalado e o indivíduo se sinta intimamente ferido, abalado na sua intimidade. Assim, se o empregado não demonstrar a ocorrência do dano ou não comprovar que o dano se originou da conduta da empresa, não há configuração de dano moral.

Por sua vez, o segundo posicionamento é o de que o direito à indenização por dano moral pela produção da carta de recomendação com referências negativas. De acordo com a jurisprudência trabalhista majoritária, caso a empresa preste informações negativas, o ex-empregado terá direito à reparação por danos morais e por perda de uma chance, caso o empregado perca a vaga de emprego em virtude da carta. Haveria, portanto, dano moral “in re ipsa”, ou seja, que independe da demonstração do prejuízo efetivo do empregado pela não conquista da vaga de emprego.

De acordo com a segunda corrente, a situação se assemelha às anotações de condutas desabonadoras na CTPS, por exemplo dispensa por justa causa, suspensões disciplinares etc., condutas passíveis de indenização por danos morais. Portanto, diversos julgados utilizam-se dessa interpretação análoga (RR – 680-33.2011.5.01.0033. Ministro Relator Luiz Philippe Vieira de Melo filho. 7ª Turma. DEJT 19/09/2016) para defender a vedação da emissão de carta de referências negativas, tendo em vista que o resultado seria o mesmo: prejudicar a reinserção do trabalhador ao mercado de trabalho. Segue interessante julgamento sobre o assunto:

“CARTA DE REFERÊNCIA EMITIDA PELA EX-EMPREGADORA. CONTEÚDO DESABONADOR. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o Tribunal Regional deixa registrado que “O autor objetiva a condenação da reclamada no pagamento de indenização decorrente de dano moral, alegando ter sofrido ofensa à sua honra e dignidade em razão de mensagem constante da carta de referência que obteve da empresa, o que lhe causou sérios constrangimentos e humilhações perante terceiros. No caso sub judice, porém, não se vislumbra o alegado dano moral. Como bem assinalou a r. sentença revisanda, a reclamada não tem obrigação legal de fornecer carta de referência a seus ex-empregados. E, pelo que se infere dos autos, também não estava obrigada a fazê-lo por força de cláusula convencional nesse sentido. Assim, tendo em vista o conteúdo desfavorável da carta de referência que obteve perante sua ex-empregadora (v. doc. de fls. 21), cabia ao reclamante utilizar-se desse documento com o devido cuidado. O fato de que foi o próprio autor que a exibiu perante terceiros, evidencia, por si só, que não houve participação direta da reclamada na eventual ofensa à sua honra, mas culpa exclusiva do próprio demandante no alegado evento danoso. Diante da ausência de culpa do empregador, não há como condená-lo

no pagamento de indenização, por não configurado o alegado dano moral”. 2. Se a finalidade da carta de referência é servir de elemento informador acerca da vida profissional do trabalhador na busca por um novo posto de trabalho, verifica-se que a reclamada, ao emití-la, por vontade própria, com “conteúdo desfavorável”, conforme registro fático disponibilizado pelo Tribunal regional teve como intenção discriminar e prejudicar seu ex-empregado, a fim dificultar ou impedir oportunidade de ser admitido em novo emprego. 3. Caracterizada, pois, a culpa da reclamada, a ensejar a correspondente, não se podendo transferir ao reclamante a responsabilidade pela apresentação do documento em entrevista de trabalho. 4. Resta evidente, assim, o dano moral, que emerge in re ipsa, do próprio fato, sem necessidade de efetiva prova do prejuízo na aquisição de um novo emprego. 5. Violação do art. 5º, X, da Constituição Federal caracterizada. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-26600-25.2007.5.02.0263. Ministro Relator Hugo Carlos Scheuermann)

É importante ressaltar que se entende que o ônus da prova de comprovar que há a prestação de informações negativas recai sobre o empregado, tendo em vista que a comprovação pela empresa de que não presta informações desabonadoras consistiria em prova diabólica, pois teria que comprovar fato negativo, inexistente.

Respeitada a independência funcional dos membros do MPT, esse ilícito deve ser reparado individualmente em reclamação trabalhista ajuizada pelo trabalhador, tendo em vista que, como as informações são individualizadas, prestadas sobre cada um dos trabalhadores, não há caráter coletivo ou difuso que reclame a atuação do MPT a menos que haja repercussão social na medida atingindo número considerável de trabalhadores.

Diante da ausência de obrigação legal no fornecimento da carta de recomendação e da vedação às referências negativas, entendo que não há utilidade prática nas cartas de recomendação, pois não fornecerão elementos que auxiliarão a empresa na contratação de novos empregados.

Por fim, há discussão quanto à postura da empresa que exige obrigatoriamente a apresentação de carta de recomendação na admissão. Nesse caso, por não existir obrigação no fornecimento, a empresa contratante não pode exigir obrigatoriamente a apresentação dessa carta, sob pena de conduta discriminatória em relação aos empregados que não têm acesso à carta.

4. DEVERES PRÉ E PÓS-CONTRATUAIS E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD

É importante ressaltar que o Brasil promulgou a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que, atualmente, recebe o nome de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nomenclatura conferida pela Lei nº 13.853/2019. De acordo com o seu art. 1º, esta legislação é voltada ao tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Originalmente, a Lei previa “vacatio legis” de 24 meses em relação à maioria de seus dispositivos, o que terminaria agosto de 2020. No entanto, no dia 29/04/2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 959, que prorrogava a entrada em vigor para o dia 03/05/2021. Durante a aprovação do projeto de conversão em lei, esse trecho que prorrogava o prazo de “vacatio legis” foi retirado e a convertida Lei nº 14.058/2020 nada versou sobre o assunto. Dessa forma, a LGPD entrou em vigor no dia 18/09/2020.

A LGPD não traz nenhum dispositivo expresso que se refere especificamente à proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, o que poderia suscitar discussões quanto ao seu alcance na seara trabalhista. No entanto, o próprio art. 1º da LGPD deixa claro que a lei é voltada para proteger os dados pessoais de pessoas naturais que sejam tratados por pessoas físicas ou jurídica de direito público ou privado:

Art. 1º da LGPD: Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

De acordo com o art. 5º, X, da LGPD, tratamento de dados corresponde a toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Na rotina das relações de trabalho, há constantemente o tratamento de dados dos empregados e demais prestadores de serviços em todas as fases da contratação³:

- a) **Pré-contratação:** com a obtenção de dados de identificação, currículo, referências do candidato à vaga de emprego, dentre outros;
- b) **Durante o contrato de trabalho:** dados para registro de empregados, dados bancários para pagamento de salários, filiação sindical, dados relativos à saúde como exames ocupacionais, atestados médicos, dentre outros;
- c) **Após o término do contrato de trabalho:** com o armazenamento das informações dos antigos empregados para fins trabalhistas, previdenciários e para disponibilização aos órgãos públicos de fiscalização.

4.1. Tratamento de dados na fase pré-contratual

Diante da exigência de profissionais cada vez mais capacitados nas empresas, é comum a realização de processos seletivos para a escolha dos novos empregados. Nesse caso, podem ser realizadas entrevistas, dinâmicas de grupo, análise de currículos, busca por referências profissionais, dentre outras.

3. CALEGARI, Luiz Fernando. A influência da LGPD nas Relações de Trabalho: a necessidade de as empresas se adequarem à nova legislação. **Síntese**. V. 31, n. 375, 2020. p. 21-24.

Diagnósticos do acesso à justiça após três anos da reforma trabalhista: avanço ou retrocesso?

Icaro de Souza Duarte¹

Diego Costa Almeida²

Sumário: 1. Introdução – 2. As ondas renovatórias do acesso à justiça após a reforma trabalhista – 3. Avanço ou retrocesso? – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental com previsão expressa nas declarações internacionais de Direitos Humanos³, bem como na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º, XXXV e LXXIV, além de Leis infraconstitucionais.

Não é de hoje que a doutrina se questiona acerca dos instrumentos e diretrizes necessárias para que este direito seja respeitado com a consequente resolução do conflito.

Neste contexto, os estudos feitos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça” foram e são de extrema importância para que se tenha a real noção de como minimamente os cidadãos devem buscar o restabelecimento ou reparação do direito violado sem que os custos os impeçam, inclusive pela via coletiva ou com utilização de métodos extrajudiciais.

Para tanto, valendo-se deste marco teórico, busca-se com o presente trabalho enfrentar as ondas renovatórias ali consignadas no contexto da Justiça do Trabalho. Em especial, sem intenção de esgotá-las, tem-se como escopo diagnosticar as

-
1. Icaro de Souza Duarte. Graduado em Direito (UESC). Mestre em Direito (UFBA). Professor da Faculdade de Ilhéus (CESUPI) e da Faculdade Madre Thais. Advogado.
 2. Diego Costa Almeida. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FG (UNIFG). Bolsista Capes. Integrante dos Grupos de Pesquisa Sertão (DGP/CNPq) e CAJU (Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça). Professor da Faculdade Madre Thais. Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Advogado.
 3. A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, por sua vez, aduz, em seu artigo 8º: Art. 8º Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

principais mudanças e o atual cenário pós três anos da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), e se, de fato, introduziram avanços ou retrocessos na Legislação para o efetivo acesso à Justiça.

2. AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Cappelletti e Garth identificaram que a primeira onda diz respeito à busca pela concessão da assistência judiciária aos pobres. Basicamente, sem expressamente distingui-la da gratuidade de justiça, esmiuçando os sistemas utilizados nos países, evidenciou-se que o Estado deve possibilitar o acesso para todos, principalmente para aqueles que não possam enfrentar os custos dos serviços jurídicos.

Para eles, mesmo com a responsabilidade do Estado em arcar com os subsídios dos juízes e demais despesas necessárias para o julgamento, “os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais”⁴, sendo que o ônus da sucumbência – para os países que o adotam – revela-se como importante barreira no acesso à justiça. Neste sentir, asseveram:

O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob “o sistema Americano”, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seus advogados. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido o ônus da sucumbência. Neste caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo – ele deve enfrentar um risco ainda maior verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior que o verificado nos Estados Unidos.⁵

Historicamente, notadamente por envolver verba de cunho alimentar, a Justiça do Trabalho sempre esteve na vanguarda. Sendo assim, até o advento da Lei 13.467/2017, era pacífico o acolhimento da gratuidade com base na Lei 1.060/1950, responsável por disciplinar a concessão de assistência judiciária aos necessitados, e, mais adiante, nos termos do § 3º, do artigo 790, da CLT, bastando a declaração de que se tratava de pessoa pobre sem condição de demandar em juízo para que houvesse a isenção de custas.

Com efeito, a gratuidade era concedida, a requerimento ou de ofício, em duas hipóteses: a) àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou b) àqueles que declarassem, sob as penas da lei, que não possuíam condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

4. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. reimpr. 2002. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16-17.

5. *Ibidem*, p. 16-17.

Nessa esteira, importante salientar que a noção de insuficiência de recursos, para os fins da norma de direito fundamental, encontra-se tradicionalmente inserida no processo do trabalho pelo art. 14, § 1º, da Lei 5.584/1970, que também trata da assistência judiciária gratuita.

Além disso, até pelo fato de o patrocínio de advogado se tratar de uma faculdade, em razão do *jus postulandi*⁶, os honorários de sucumbência seriam devidos exclusivamente no caso de ação atinente a relação de trabalho *lato sensu* – vide artigo 5º, da Instrução Normativa 27, do TST – e, se empregatícia, desde que preenchidos os requisitos das Súmulas 219 e 329, do TST.

Ou seja, alegada a hipossuficiência financeira e não comprovada realidade diversa pela outra parte, estaria confirmada a gratuidade da justiça com não pagamento das despesas do processo, sendo devidos os honorários de sucumbência apenas em situações específicas.

Eis que, ultrapassadas todas as alegações de inconstitucionalidade na tramitação – o projeto foi inserido em regime de urgência com o Senado se olvidando de exercer a função de Casa Revisora por conta da promessa de futuramente os pontos possivelmente questionados serem alvo de Medida Provisória, a ser editada pelo Presidente da República –, e também no teor das normas materiais e processuais, o que inclusive foi alvo da Nota Técnica 08, do MPT, promulgou-se a Lei 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, com alteração em mais de 100 dispositivos da CLT.

No que compete ao tema do presente trabalho, tem-se que a nova redação do art. 790 da CLT, ao alterar o seu § 3º, substituiu o critério configurador de insuficiência de recursos, ao facultar ao juízo conceder gratuidade judiciária “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% ([...]) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (RGPS). O novo § 4º do dispositivo, por sua vez, assegura gratuidade à parte que comprovar insuficiência de recursos para pagar as custas do processo.

Ou seja, a Lei 13.467/2017 garante direito à gratuidade de justiça na Justiça do Trabalho: a) àquele que se enquadrar em patamar salarial de até 40% do teto de benefícios da Previdência Social; b) àquele que, mesmo percebendo salário superior, demonstrar situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio e da família.

Ademais, mesmo para os casos de ser reconhecido o direito à gratuidade de justiça, a parte deverá arcar com os honorários periciais nos casos de perda no objeto da perícia e honorários sucumbenciais para parte vencedora na hipótese de ter “obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa” ou desde que, no prazo de até dois anos após o trânsito em julgado da decisão que constituiu o crédito advocatício, “o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”.

6. Neste particular, contrariando texto expresso da CLT, conforme se verifica da sua Súmula 425, o TST restringiu a atuação da parte diretamente pelo *jus postulandi* até o recurso de natureza extraordinária.

Mais adiante, por sua vez, o Projeto de Florença sinalizou que o segundo grande movimento de acesso à justiça deu-se na representação dos direitos difusos e coletivos.

Com efeito, é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham oportunidade de ser ouvidos.

Na seara trabalhista, via de regra, Sindicato e Ministério Público do Trabalho são os legitimados para pleitear os direitos coletivos.

O sindicato goza de legitimidade ampla por meio da qual toda a categoria é beneficiada pelas conquistas sociais advindas das negociações coletivas e das Ações Judiciais (CF/88, art. 8º, III).

Na função de fiscal do ordenamento jurídico, o MPT basicamente pleiteia os direitos difusos e coletivos ou individuais homogêneos por meio de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) e Ação Civil Pública (ACP) em que a parte violadora se obriga a cumprimento de obrigação de fazer e não raro fica compelida também a pagar dano moral coletivo pelos danos suportados pela sociedade em razão do descumprimento das normas.

Em que pese não ser tão abordado como os aspectos inerentes a primeira onda renovatória, a Reforma Trabalhista trouxe alterações que impactam na representação dos direitos difusos e coletivos.

O principal resulta nas consequências trazidas pelo caráter facultativo da contribuição sindical, até então de natureza compulsória, que, inclusive, já teve a constitucionalidade dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT reconhecida pelo STF por meio da decisão proferida em conjunto nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794 e em outras 18 ADI's ajuizadas contra a nova regra e na Ação Declaratória de constitucionalidade (ADC) 55, julgadas em conjunto pela identidade de matéria.

Isso, sem dúvida, resultou em perda significativa da fonte de receita dos Sindicatos e da sua postura ativa na defesa dos direitos da categoria, pois, diante da nova realidade, passaram a se recusar a pleitear os direitos dos membros da categoria não sindicalizados e utilizaram de outros meios para que seja restaurada a obrigação compulsória do recolhimento, a exemplo de deliberação em assembleia para este fim.

No tocante ao Ministério Público do Trabalho houve restrição a sua atuação, ao limitar a arguição de vício nas cláusulas de acordo ou convenção coletiva perante a Justiça do Trabalho tão somente se verificado defeito nos elementos essenciais do negócio jurídico, conforme artigo 8º, da CLT.

Por fim, a clássica obra salienta que “o progresso da reforma na assistência jurídica e da busca de mecanismos para representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar o acesso à justiça”.

Essa terceira onda, então, foi denominada pelos autores do acesso à representação em júízo para uma concepção mais ampla de acesso à justiça⁷.

Em linhas gerais, esse novo enfoque deveria ter como premissa a possibilidade de resolução de conflito pela via extrajudicial com a utilização de meios alternativos e, se judicializado, os procedimentos deveriam se adequar as características dos tipos de causa.

É inegável que a Justiça do Trabalho desde a sua origem valeu-se de mecanismos aptos a privilegiar celeridade na entrega da prestação jurisdicional por envolver demandas eminentemente de cunho alimentar. É por isso que, a título de exemplo, via de regra, as decisões interlocutórias⁸ são irrecorríveis e as nulidades devem ser arguidas pela parte na primeira oportunidade que aduzir nos autos, sob pena de preclusão.

No entanto, em relação aos métodos alternativos de conflito ou, como a Resolução 125 do CNJ denomina, métodos adequados para resolução de conflito, doutrina e jurisprudência sempre foram resistentes em acolhê-los na Justiça do Trabalho por uma simples razão, qual seja os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e não podem ser alvo de transação, até porque vigora o princípio da proteção na Justiça do Trabalho.

O entendimento quase pacífico era no sentido de que apenas a arbitragem seria aceita em sede de negociação coletiva, pois a representação dos empregados pelo sindicato seria responsável por colocar as partes em pé de igualdade, e, portanto, não haveria que se falar em parte hipossuficiente.

Neste particular, a Reforma Trabalhista não só acresceu a possibilidade do instituto da arbitragem nas demandas individuais desde que seja por iniciativa ou anuência expressa do empregado que tenha remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme artigo 507-A Consolidado, como também foi responsável por inovar com a introdução de procedimento de jurisdição voluntária, por meio da ação de homologação de acordo extrajudicial, conforme se verifica do artigo 855-B, da CLT.

3. AVANÇO OU RETROCESSO?

Feito o panorama das principais mudanças à luz das ondas renovatórias propostas pelo Projeto de Florença, passa-se a enfrentar o principal ponto do presente trabalho, a saber: se as mudanças inseridas e provenientes do contexto pós Reforma Trabalhista resultaram em avanço ou retrocesso no acesso à justiça.

De logo, sem hesitar, responde-se: houve retrocesso. Explica-se.

7. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. reimpr. 2002. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-72.

8. Neste particular, registre-se que a Súmula 214, do TST suscita três exceções em que as decisões de cunho interlocutório podem ser alvo de recurso.

É que o Legislador deliberadamente sob o fundamento de que havia excesso de demandas infundadas, olvidou-se para o fato de que o polo ativo da demanda normalmente é composto por trabalhador hipossuficiente, que se vale da Justiça do Trabalho para pleitear verbas alimentares, não quitadas no decorrer do contrato de trabalho⁹.

Se por algum motivo houve ajuizamento de pedido sabidamente indevido, o que deve ser perquirido e constatado no curso do feito, e não previamente ao processo, o juízo goza de poderes para coibir este tipo de expediente, e mais que um poder, tem como dever reconhecer que houve lide temerária com consequente aplicação de multa por litigância de má-fé para aquele que atentou contra a dignidade da justiça.

Em verdade, a análise divorciada da presunção de que há um processo legítimo demonstra que o Legislador se valeu de critérios outros para recrudescer e dificultar o acesso à justiça com retorno a patamar anterior até mesmo a primeira onda renovatória.

Custos foram elevados e introdução dos honorários sucumbenciais fizeram com que o trabalhador pensasse inúmeras vezes antes de ingressar com a Ação. Ora, o grau de incerteza, até mesmo por não ter acesso a todos os documentos necessários, faz com que, na dúvida, prefira ter seu direito violado a arcar com eventuais despesas¹⁰.

Veja-se que o Legislador foi mais prejudicial para aqueles que são hipossuficientes do que aqueles que em tese possuem grau de igualdade na relação.

Com efeito, no processo comum, por exemplo, oportuniza-se a gratuidade da justiça para aquele que alega a miserabilidade jurídica com indeferimento apenas se as provas produzidas evidenciarem realidade diversa, conforme dispõe o artigo 99, § 2º e § 3º, do Código de Processo Civil.

No processo do Trabalho, como visto, valendo-se de uma premissa equivocada em que as ações ajuizadas presumidamente configuram aventura jurídica, passou-se a condenar o reclamante em honorários periciais e sucumbenciais mesmo quando beneficiário da gratuidade da justiça.

Não se pode entender como faculdade do órgão judiciário o deferimento da justiça gratuita, como literalmente dispõe a lei, já que a concessão da gratuidade da justiça é dever estatal e, portanto, sempre que configurados os pressupostos para a devida concessão do benefício, é medida impositiva para efetivar a garantia de acesso ao Poder Judiciário.

9. Neste particular, registre-se que as 6 (seis) principais parcelas pleiteadas na Justiça do Trabalho no ano de 2020 decorrem do inadimplemento de verbas rescisórias, que, muitas vezes, sequer é alvo de controvérsia. Respectivamente, do primeiro ao sexto, veja-se: aviso prévio, indenização de 40% do FGTS, multa do artigo 477, da CLT, multa do artigo 467, da CLT, férias proporcionais e 13º salário proporcional. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 17/02/2021.

10. Em pesquisa recente, inclusive, constatou-se que houve redução de 32% de processos ajuizados na Justiça do Trabalho após 2 anos da Reforma Trabalhista. Notícia extraída do site em 09.01.2020, a saber: <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/01/processos-trabalhistas-caem-32-dois-anos-apos-reforma.shtml>. Optou-se por não incluir dados de 2020 em razão da situação extraordinária causada pela pandemia do novo Coronavírus.

Ademais, a gratuidade da justiça deve ser garantida a todos aqueles que não tiverem condições de arcar com as despesas processuais, independentemente da renda mensal, até porque as Leis infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos dispositivos constitucionais que versam sobre assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF) bem como Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF).

O trabalho possui nítido valor social, e que o eleva a fundamento da República e, ainda, ostenta centralidade na ordem econômica e social, consoante dispõe a Constituição Brasileira em seus artigos 1º, IV, 170, caput, e 193. Assim, inconcebível que se estabeleça, no que diz respeito ao acesso à justiça, um regramento mais restritivo para a Justiça do Trabalho do que aquele previsto para o litigante ordinário.

Ao contrário, as lides trabalhistas, por versarem tradicionalmente sobre verbas de natureza alimentar, exigem uma acessibilidade judicial maior que o convencional, como escopo de evitar que eventuais ônus decorrentes da dificuldade de acesso à justiça suprimam direitos laborais da parte hipossuficiente.

Ademais, o caráter facultativo da antiga contribuição compulsória dissociado da Reforma Sindical e demais restrições impostas ao MPT, a exemplo da discussão de nulidade das cláusulas normativas apenas no tocante aos elementos essenciais ao negócio jurídicos, enfraquecem sobremaneira a atuação dos principais legitimados em pleitear e satisfazer os direitos difusos e coletivos.

Veja-se que houve redução na receita e na quantidade de Sindicatos, mas, ao mesmo tempo, ficaram no papel as mudanças para maior engajamento da categoria nas lutas pelos seus direitos, a exemplo da inserção da pluralidade sindical em que o empregado escolheria a entidade que melhor lhe representaria, o que reduziria a possibilidade de pequenos grupos se perpetuarem como núcleos de poder em verdadeiras oligarquias à frente dos Sindicatos por conta do princípio da unicidade.

Neste sentir, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

Em suma, todas essas restrições ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores, individualmente ou coletivamente considerados, além de por parte dos próprios sindicatos, somadas à indissimulável descaracterização do processo do trabalho e da Justiça do Trabalho como instrumentos de efetivação da ordem jurídica trabalhista, aprofundam os retrocessos brandidos pela nova lei nos planos do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho.¹¹

No mais, a inserção da jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho não resultou em método alternativo para resolução de conflito, como defendido pelo enfoque proposto por Cappelletti e Garth, mas, sim, em verdadeiro instituto apto a reduzir direitos trabalhistas sem se efetivar o efetivo acesso à justiça.

Com efeito, mesmo com as cautelas consignadas no próprio artigo que o disciplina (855-B, da CLT) e disposições dos Tribunais quando da implementação

11. DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista No Brasil**, com os comentários à Lei 13.467/17.

do CEJUSC¹², na prática, o acordo extrajudicial revela-se por vezes como instrumento apto a legitimar as antigas lides simuladas, com violação aos princípios do Direito do Trabalho que visam a todo instante equilibrar a balança direcionada para o lado do empregador, parte que detém o poder econômico, em detrimento do empregado, parte hipossuficiente da relação, especialmente quando se tem em jogo o princípio da irrenunciabilidade de direito, que, em última análise, decorre do princípio da proteção.

Em verdade, respeitando os entendimentos que divergem deste sentido¹³, revela-se como um meio introduzido pelo Legislador para permear na sociedade a falsa sensação numérica de que o judiciário estaria cumprindo o seu papel sem se importar com efetivo acesso à justiça.

O fato é que aquele que tem seu direito violado tem deixado de buscar o acesso ao judiciário, e, muitas vezes, diante da necessidade financeira, são compelidos a firmarem acordos extrajudiciais, que, inclusive, parte deles, no afã de alcançar metas impostas pelo CNJ são homologados com quitação total, constando no seu bojo apenas a descrição de verbas rescisórias.

4. CONCLUSÃO

Como se vê, as mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista proporcionaram retorno a um patamar de acesso à justiça para resolução do conflito trabalhista anterior até mesmo à época dos Estudos de Florença, mormente quando sua utilização reflete a estrutura de poder com interesses outros para que os custos judiciais fossem elevados para implementar a redução na quantidade das demandas ajuizadas na Justiça do Trabalho.

Essa redução é patente e salta aos olhos para quem milita na seara trabalhista¹⁴, mas, ao contrário do que uma primeira análise transparece, não se deu por conta da maior observância das normas pela empresa, e sim pelos entraves processuais e materiais introduzidos.

Evitar lides temerárias com aumento dos custos das demandas, notadamente por restrição à gratuidade da justiça e inserção dos honorários de sucumbência, além de forçar o hipossuficiente a transacionar seu direito, de caráter por vezes

12. Os Tribunais uniformizaram os procedimentos para petição de acordo extrajudicial. No Tribunal da 5 Região, por exemplo, a normatização se deu por meio da PORTARIA CEJUSC N. 002, de 12 de fevereiro de 2019.

13. Neste sentir, Andréa Presas defende que “a novidade trazida pela Reforma, ao implantar no processo do trabalho a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial mediante procedimento de jurisdição voluntária, revela importante instrumento de empoderamento das partes e seus advogados”. PRESAS, Andrea. **O acordo extrajudicial introduzido pela Reforma Trabalhista e a (im)possibilidade de homologação judicial parcial**. Revista Amatra 5, v. I, nº 15, 2019, p. 47-54.

14. Na análise feita após um ano da Reforma Trabalhista, segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas. Disponível em: <http://tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos?inheritRedirect=false>. Acesso em: 04 jan. 2020.

incontroverso, com enfraquecimento dos órgãos legitimados a pleitear os direitos difusos e coletivos, sem falar na utilização deliberada e sem critério do método extrajudicial na resolução dos conflitos, impede o acesso legítimo à justiça com renúncia a direitos trabalhistas que foram historicamente conquistados.

Assim, precisa-se reencontrar o caminho não apenas para o retorno ao panorama das ondas renovatórias narradas nos anos 80 pelo Projeto de Florença – o que, na atual conjuntura, infelizmente, já seria um avanço – mas, sim, para que se alcance o processo efetivo com a retirada de diversos guardas, um em cada porta de sala da Lei, com o exclusivo fim de impedir o camponês – ou o trabalhador – a acessar à Justiça, como diria Kafka no seu conto Diante da Lei.¹⁵

5. REFERÊNCIAS

- BARROS, LARISSA. Processos trabalhistas caem 32% dois anos após reforma. Disponível em: < <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/01/processos-trabalhistas-caem-32-dois-anos-apos-reforma.shtml> >. Acesso em: 09 jan. 2019.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm >. Acesso em: 04 jan. 2020.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 04 jan. 2020.
- _____. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, com texto compilado a partir da redação dada pela Emenda nº01/2013, Emenda nº 02/2016 e pela Resolução nº 290/2019. Disponível em: <[http://](http://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf) [https://](https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf) >. Acesso em: 04 jan. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. reimpr. 2002. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARELI, Rodrigo de Lacerda. Kafka diante da Justiça do Trabalho. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/kafka-justica-do-trabalho-02052018> Acesso em 05.01.2020 >. Acesso em: 04 jan. 2020.
- DELGADO. Maurício Godinho. DELGADO. Gabriela Neves. A REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL, com os comentários à Lei 13.467/17.
- MIESSA, Élisson. Coleção Tribunais e MPU – Processo do Trabalho. 5ª. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PRESAS, Andrea. O acordo extrajudicial introduzido pela Reforma Trabalhista e a (im)possibilidade de homologação judicial parcial Revista Amatra 5, v. I, nº 15, 2019.

15. Neste sentir, Rodrigo de Lacerda Careli assevera: “Aqui cabe trazer, no entanto, outra profecia, a de Franz Kafka: ao final de seu conto, o guardião, ao ver o trabalhador morrendo, dá seu trabalho por terminado e fecha a porta. Como aquela porta era somente para os trabalhadores e esses desistiram da espera, não é mais necessária nem a porta, nem seu guardião. Kafka viu tudo bem antes. Não inventou a realidade, somente a sua sensibilidade permitiu visualizá-la antes de todo mundo.
Texto disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/kafka-justica-do-trabalho-02052018>
 Acesso em 05.01.2020.

Publicidade processual e proteção de dados

Carolina Marzola Hirata¹

Raphael Miziara²

Sumário: 1. Introdução – 2. Publicidade processual: 2.1. Balizas da publicidade em processo eletrônico; 2.2. Publicidade processual no Direito Comparado; 2.3. Publicidade e Dados pessoais – 3. Conclusões – 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que em sua atividade finalística o Poder Judiciário possui acesso a diversos dados pessoais (sensíveis ou não), como nomes, endereços, gênero, documentos pessoais das partes e testemunhas, entre outros.

Assim, não se pode negar que a atividade jurisdicional também será impactada pela Lei n.º 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, o que abre espaço para se discutir se a inflexão da normativa implicará alterações nos procedimentos até então adotados pelo Judiciário, especialmente pela Justiça do Trabalho, especialmente no que diz respeito ao princípio da publicidade.

Cumpra consignar que boa parte dos dados tratados na atividade finalística do Poder Judiciário trabalhista pertencem a pessoas jurídicas, de direito público e privado, as quais, em regra, ocupam o polo passivo dos processos judiciais. Para esses dados, não se aplica a Lei n.º 13.709 de 2018, que se destina, exclusivamente, a dados pessoais de pessoas naturais (artigo 1º).

Por outro lado, no que tange aos dados das pessoas naturais, o artigo 1º da referida Lei não deixa dúvidas de que suas determinações são aplicáveis, inclusive, às pessoas jurídicas de direito público, no que se encontra inserido o Poder

-
1. Procuradora do Trabalho. Ex-Procuradora do Estado de Goiás. Especialista em Direito Constitucional e em Processo Civil pela PUC-Minas. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMEP. Professora em cursos preparatórios para concursos (GRAN Cursos *on line*, Promagis, CERS e Escola da ANPT), em programas de pós-graduação (Mackenzie, Alepi, Unasp e IDT) e na Graduação (UNASP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Autora de livros e artigos.
 2. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho e das Relações Sociais (UDF). Especialista em Direito do Trabalho e Governança Global (*Universidad Castilla-La Mancha* – Espanha). Advogado. Professor em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.