

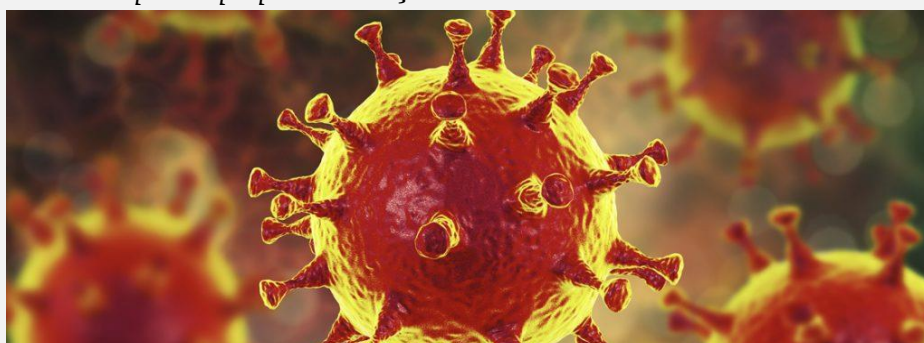
## O DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL EM FAVOR DOS EMPREGADOS IMUNODEFICIENTES NOS TEMPOS DO CORONAVÍRUS

### THE DUTY OF REASONABLE ACCOMMODATION IN FAVOR OF IMMUNODEFICIENT EMPLOYEES IN THE TIMES OF THE CORONAVÍRUS

*O artigo analisa o dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do Coronavírus e, nesses limites, defende a tese de que, independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados organicamente vulneráveis e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.*

*The article analyzes the duty of reasonable accommodation in*

*favor of immunodeficient employees in times of Coronavirus and, within these limits, defends the thesis that, regardless of the existence of an express legal norm, the employer has a duty to accommodate the claim of its employees who are organically vulnerable and to change their working conditions, aiming at minimizing the risk of contamination by COVID-19, as long as this, of course, does not imply excessive difficulties for the realization of economic activity, in the case of employer-company.*



**Luciano Martinez**  
**Aloísio Cristovam dos Santos Júnior**

*Imagem em 3D Modelo do Coronavírus - Imagem: 123RF. Fonte: <https://jornal.usp.br/ciencias>*

## Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB

2

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.8, n.8, (jan./jul.2020) - Brasília: IESB, 2020.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: [iesb.br/revistadedireito/](http://iesb.br/revistadedireito/)

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

**ÍNDICE**

**O DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL EM FAVOR DOS EMPREGADOS  
IMUNODEFICIENTES NOS TEMPOS DO CORONAVÍRUS, 04.**

Luciano Martinez  
Aloísio Cristovam dos Santos Júnior

**NAVEGANDO LA PANDEMIA: NOTAS SOBRE SU IMPACTO LABORAL Y LAS MEDIDAS  
ADOPTADAS PARA SU CONTENCIÓN, 35**

Mario Garmendia Arigón

**ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A LUZ DA LEI  
13.979/20 DIANTE DA EXCEPCIONALIDADE CAUSADA PELA PANDEMIA  
(COVID-19), 57.**

Wilker Wagner Santos Carvalho  
Ellys Christina Bahiense de Moraes  
José Rossini Campos do Couto Corrêa

**CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO CONTRATO DE TRABALHO  
INTERMITENTE, 8o.**

Rodolfo Pamplona Filho  
Leandro Fernandez

**DESJUDICIALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE: A AGENDA 2030 DA ONU E A BUSCA PELA  
ORDEM JURÍDICA JUSTA NA PÓS-MODERNIDADE, 99.**

Pâmella Duarte Lopes  
Paulo José Leite Farias

**A FELICIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, 109.**

Watilla Santos de Sousa  
Augusto César Leite de Carvalho

**A PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE CRISES ECONÔMICAS E  
REFORMAS, 120.**

Alice Lima Silva Motta  
Augusto César de Carvalho

**TRABALHO DECENTE NA AGENDA 2030 E O PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA NO  
SISTEMA FITNESS LOW-COST, 132.**

Paulo José Leite Farias  
Alexandre José Nunes Basto

**SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLÊNCIA E ESTADO: UMA ABORDAGEM INTER-RELACIONAL, 151.**

Antônio Marcos Melo Guedes  
Any Ávila Assunção

## O DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL EM FAVOR DOS EMPREGADOS IMUNODEFICIENTES NOS TEMPOS DO CORONAVÍRUS

THE DUTY OF REASONABLE ACCOMMODATION IN FAVOR OF IMMUNODEFICIENT EMPLOYEES IN THE TIMES OF THE CORONAVÍRUS

**Luciano Martinez**

*Professor Adjunto IV de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Federal da Bahia (UFBA); mestre e doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP); pós-doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA; juiz titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia.*

4

**Aloísio Cristovam dos Santos Júnior**

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); pós-doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL), cumpriu estágio de doutorado (doutorado sanduíche) na Universidade de Coimbra (UC) como bolsista do PDEE da CAPES/MEC; juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Simões Filho - Bahia.*

### Resumo

O artigo analisa o dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do Coronavírus e, nesses limites, defende a tese de que, independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados organicamente vulneráveis e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.

**Palavras-chaves:** “Acomodação razoável”; “adaptação razoável”; “empregados organicamente vulneráveis”; “empregados imunodeficientes”; Coronavírus; COVID-19

### Abstract:

The article analyzes the duty of reasonable accommodation in favor of immunodeficient employees in times of Coronavirus and, within these limits, defends the thesis that, regardless of the existence of an express legal norm, the employer has a duty to accommodate the claim of its employees who are organically vulnerable and to change their working conditions, aiming at minimizing the risk of contamination by COVID-19, as long as this, of course, does not imply excessive difficulties for the realization of economic activity, in the case of employer-company.

**Keywords:** “Reasonable accommodation”; “Reasonable accommodation”; “Organically vulnerable employees”; “Immunodeficient employees”; Coronavirus; COVID-19

## 1. Introdução

**A** disseminação, em progressão geométrica, de uma doença de imensa transmissibilidade e de elevada letalidade entre os organicamente mais vulneráveis foi o cenário protagonizado pelo coronavírus ou COVID-19 a partir dos primeiros meses do ano de 2020.

A doença provocada pelo coronavírus teve o seu ponto de partida na China. Os primeiros estudos indicaram Wuhan, na província de Hubei, como a localidade de onde proveio a mutação viral que gerou o chamado "salto de espécies", alteração que permitiu a um vírus típico de animais, em particular de morcegos, tornar-se capaz de atacar o homem. Por essa razão, a rota de contaminação da COVID-19 pode ter sido resultado do consumo de animais selvagens, enquanto espécies exóticas, pelos chineses. O dominante mercado de bichos silvestres comercializados vivos foi, ao que tudo indica, a perfeita incubadora para esse mal jamais mapeado pelos cientistas até aquele momento. Assim emergiu o coronavírus, e assim surgiu a pandemia.

Essa pandemia, contudo, ao contrário das anteriores, teve a especial consequência de uma rápida proliferação, capaz de levar ao colapso o sistema de saúde de qualquer país, independentemente do seu grau de desenvolvimento e de organização. Não fosse apenas isso, o fato de a pessoa infectada não apresentar sintomas imediatos da doença, demorando algum tempo até ficar debilitada, aumentou o risco de contágio nesse período em que o doente continuava a exercer as suas atividades regulares e a frequentar espaços públicos, tornando-se, por isso, e assim, um difusor inconsciente desse poderoso mal.

Diante da problemática, nenhuma estratégia mostrou-se mais eficaz ao combate ao coronavírus do que o isolamento social de populações inteiras, contidas nos limites de suas residências, sem que sequer devessem transitar pelas casas de amigos e familiares. Paralelamente a isso, o fechamento de shopping centers, escolas, centros de convenções, barzinhos, restaurantes, entre outros espaços que

propiciavam o encontro das pessoas, foi essencial para contribuir para o sucesso dessa medida de contenção e de preservação de saúde de toda a coletividade.

O grande problema de todas as estratégias engenhadas para refrear a COVID-19 estava num incoerente discurso que, a despeito de sustentar que as pessoas deveriam permanecer em casa, não lhes dava o direito subjetivo de não comparecer ao trabalho. Esse é o ponto inicial de toda a discussão que será realizada neste estudo.

## **2. A inexistência do suposto direito dado ao empregado de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se do coronavírus**

Diante da difusão dos esforços no sentido de as pessoas submeterem-se a um isolamento social, a primeira e uma das mais importantes questões postas diante da pandemia do coronavírus foi, sem dúvidas, a que diz respeito ao *absenteísmo laboral* e às suas consequências dentro dos contratos de emprego.<sup>1</sup>

Afinal, não é raro ver um empregado indagar se teria o direito de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se de um vírus com elevado grau de transmissibilidade.

A resposta aqui é negativa. Não, o empregado, em regra, não tem o direito de, por sua própria iniciativa, decidir se comparecerá ou não ao trabalho para proteger-se do coronavírus, ao menos enquanto não exista vedação imposta pelas autoridades públicas para o desenvolvimento do serviço. Não há nenhuma norma jurídica que evite por completo o trabalho presencial, a despeito de haver, como antedito, uma contraditória recomendação de as pessoas permanecerem em suas casas.

Essa negativa de direito de faltar ao serviço é constatável, porque, até determinado momento, sem que evidentemente existam determinações estatais

---

<sup>1</sup> Para saber mais sobre esse assunto e para compreender toda a extensão da problemática dos trabalhadores em face da COVID-19, consulte-se MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. O trabalho nos tempos do Coronavírus. São Paulo: Saraiva, 2020.

quanto ao fechamento de empresas ou quanto à suspensão do desenvolvimento de algumas atividades, cabe imaginar a existência de um *risco controlado* se observadas as orientações gerais ditadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde do Brasil.

E se o risco é controlado, não há sustentar-se que o patrão estaria, pelo simples fato de manter a sua atividade em funcionamento – quando seja lícito fazê-lo - submetendo o empregado a “correr perigo manifesto de mal considerável” (art. 483, c, da CLT), impondo-lhe, por conta disso, diante de suposto desespero, uma demissão forçada, vale dizer, uma ruptura coacta do contrato de emprego para preservar um bem mais elevado do que o trabalho, que é a sua própria saúde.

Situação diversa seria visível em face da insistência do empregador em manter aberto espaços que as autoridades públicas determinaram fossem fechados. Nesses casos haveria, sim, um autêntico *direito de resistência* do trabalhador e um claro abuso de autoridade patronal.

Bons exemplos disso são notados nas creches, escolas e nos clubes sociais. Sabe-se que as autoridades municipais e estaduais de todo o país, em regra, determinaram o fechamento completo desses espaços de convívio e de entretenimento, haja vista o elevado risco de difusão da COVID-19. Nesses termos, se um empregador viesse a insistir em manter tais espaços abertos e se persistisse em ter empregados em atuação dirigida ao público externo, ele estaria, aí sim, submetendo os seus colaboradores a um risco elevado e desproporcional, e, sem dúvidas, impondo-lhes perigo manifesto de mal considerável. Isso, em tese, daria ao empregado o direito de não comparecer e de, em casos extremos, invocar a despedida indireta. À administração pública municipal, pela infração, dar-se-ia o direito de até mesmo cassar o alvará de funcionamento da empresa violadora.

Atente-se, de todo modo, que o expediente interno de empregados em empresas cujas atividades foram encerradas para o público externo, não constitui, em regra, uma violação do empregador, salvo, é claro, se as autoridades públicas

sanitárias dispuserem em sentido diverso. Assim, embora uma escola esteja fechada para o público, nada impede, em regra, que, dentro dela, o diretor, os professores e os coordenadores pedagógicos possam estar a realizar atividades de organização do calendário escolar para futura retomada das atividades.

Esse direito de não comparecer ao trabalho pode, porém, estar lastreado em situações ainda mais extremas, conforme devidamente regulado pelo §3º do art. 3º da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que assim dispõe:

Art. 3º [...]

§ 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.

E quais seriam essas medidas justificadoras da falta ao serviço público ou à atividade laboral privada? Somente elas, por ora, justificam a falta ao serviço?

O *caput* do referido art. 3º responde de forma bem detalhada, identificando que, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, podem ser adotadas, entre outras, as medidas previstas nos seus incisos, algumas das quais configuram situações que, nos termos do referido § 3º autorizam, *ex lege*, o status de “falta justificada”:

I – **isolamento** ou segregação compulsória, assim entendida a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Assim, o direito do empregado de não comparecer ao trabalho surge se, por alguma razão, ele, por estar contaminado, receber ordem médica de isolamento. Nesse caso, o empregado estará verdadeiramente internado, sob cuidados médicos, e em verdadeira segregação compulsória. Diante disso, o empregador há de acatar o isolamento desse seu empregado e, conseqüentemente, por motivos mais do que óbvios, entender como justificada a sua ausência.



Não se confunda o “isolamento individual”, que, em verdade, é uma “segregação compulsória” para evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus, com o recomendação geral de “isolamento social”, que é um comportamento voluntário, espontâneo e facultativo dos cidadãos em apoio às medidas de contenção da pandemia.

II – **quarentena**, compreendida como restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Essa hipótese envolve empregados com suspeita de contaminação. Exemplo disso foi visível nos brasileiros que estavam em Wuhan, epicentro do surgimento do coronavírus na China, e que foram resgatados de lá pelo governo brasileiro.

Ao chegarem à cidade de Anápolis, em Goiás, tanto os resgatados quanto os tripulantes passaram a cumprir uma quarentena de dezoito dias dentro de um hotel montado na base militar. Até que a quarentena fosse encerrada, esses trabalhadores não voltaram às suas relações de emprego. Eles permaneceram em situação de interrupção contratual, recebendo seus salários, mas sem prestar os seus serviços.

Averbe-se que, diante do isolamento e da quarentena, os empregados têm não apenas o direito, mas o *dever de afastamento do ambiente laboral*, por uma questão de segurança de toda a comunidade.

III – **determinação de realização compulsória de:**

- a) exames médicos;
- b) testes laboratoriais;
- c) coleta de amostras clínicas;
- d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
- e) tratamentos médicos específicos, bem como

**IV – estudo ou investigação epidemiológica.** Nessas situações, a administração pública pode impor a determinados grupos, levando em conta as características de sua prestação laboral, a realização impositiva de exame médicos, de testes laboratoriais e de outras medidas de controle e de constatação epidemiológica, o que, na prática, já ocorreu, por exemplo, com passageiros e tripulantes, prestes a desembarcar, em cruzeiros nos quais se constatou a existência de pessoa portadora do adoecimento viral aqui em análise. Não se poderia, portanto, imaginar que um empregado a bordo de um desses cruzeiros não tivesse razões ponderosas para não ir ao trabalho.

O seu retorno das férias será, portanto, abortado.

Há, pelo contrário, muitas justificativas para não comparecer, haja vista a exigência de submetimento a testes de diversas naturezas e, até mesmo, ao isolamento ou à quarentena, referidas nos tópicos anteriores, caso inserido nas situações acima destacadas.

**VI – restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país,** conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos.

Essa situação também pode atingir empregados. Imagine-se que um deles, responsável pela gestão de uma rede hoteleira, tenha seguido para uma importante reunião em Madrid, quando, então, se viu impedido de retornar à sua base de trabalho por restrição de entrada de voos no território brasileiro. Nesse caso, evidentemente, estão justificadas as suas ausências, cabendo ao empregador não apenas tolerá-las até que diplomaticamente seja solucionado o repatriamento, como também custear as despesas do seu empregado deslocado para o estrangeiro durante todo o tempo em que ele esteja constrito a ali permanecer.

Não se pode esquecer que as medidas ora referidas, interferentes na atividade laborativa, devem ser adotadas com razoabilidade pelos governos,

embora seja difícil dizer o que é ou não razoável diante de um mal tão desconhecido. De todo modo, o §2º do art. 3º da citada Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, é bem claro no sentido de que

as medidas [...] somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

O equilíbrio é importante, mas é bem difícil.

Arremata-se esse tópico deixando-se claro que o empregador, entretanto, pode, *por reflexão própria*, determinar o fechamento do local de trabalho e o encerramento das atividades com a consequente assunção dos custos decorrentes do afastamento dos seus empregados. O poder diretivo patronal aí será a razão essencial da interrupção contratual, caso em que o empregador assumirá integralmente os custos dessa decisão interna.

Diz-se mais. Em verdade, e em rigor, o empregador poderá realizar controle sanitário e vedar a presença de empregados suspeitos de contaminação no ambiente de trabalho. O fundamento para esse especial modo de atuar é o *dever de proteção* imposto ao empregador. Nos termos do § 1º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”, cabendo-lhe, entre essas medidas coletivas, e entre as condutas proativas que visem ao estancamento da disseminação viral, a avaliação das condições de saúde dos seus empregados e a determinação de afastamento daqueles que, a juízo dos médicos da empresas e de acordo com o sigilo profissional, sejam entendidos como inaptos de ali continuar.

O vetusto art. 157 da CLT é sempre invocável acerca desse dever de proteção, pois, conforme ali expandido:

[...] cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do

trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

E se uma das ordens patronais for a de afastamento do trabalhador suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, essa é uma determinação que há de ser acatada, sob pena de o empregado ser despedido por justa causa.

O art. 158 da CLT completa a lógica dessa relação entre os deveres de proteção do empregador e de colaboração do operário, ao prever que “cabe aos empregados: I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho”. O parágrafo único desse dispositivo é claríssimo ao dispor que “constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada [...] à observância das instruções expedidas pelo empregador”.

Não se pode esquecer que, para além de o empregador estar obrigado a afastar empregado suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, cabe-lhe, preservando ao máximo possível o seu nome e imagem, informar isso aos demais trabalhadores que estiveram ombro a ombro com o companheiro adoecido para que adotem pessoalmente e junto às suas famílias as condutas de certificação do eventual contágio e as medidas profiláticas de caráter protetivo. Isso é um reflexo do importante *dever de informar*, claramente presente no § 3º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, segundo o qual “é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular”.

Evidentemente, considerando o fato de ser do patrão o risco do seu negócio, não se poderia imaginar, sem as relativizações impostas por negociações coletivas, a existência de prejuízos gerados sobre a remuneração do empregado que tenha sido preventivamente afastado do espaço de realização dos serviços. Em regra, se esse afastamento compulsório lhe foi imposto pelo empregador, caberá a este manter a dimensão da retribuição mensal, observado o seu salário-base ou, se for o caso, a dimensão duodecimal média da sua retribuição variável.

### **3. Os empregados imunodeficientes e demais vulneráveis orgânicos estão dispensados de comparecer ao trabalho em tempos de pandemia? Haveria em favor desse especial grupo um suposto dever de acomodação razoável?**

Essa é uma questão delicada, que, entretanto, pode ser respondida mediante uma cuidadosa reflexão sobre a extensão e os limites do relevantíssimo dever de acomodação razoável (*reasonable accommodation*), também conhecido como “dever de adaptação razoável”, haja vista a versão para o português da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois então. Apesar de não existir propriamente um direito de gestantes, de lactantes e de doentes graves de não comparecimento ao trabalho pelo simples fato de a sociedade viver a pandemia de Coronavírus, sabe-se que a esses empregados é dada a especial proteção jurídica de realização dos seus serviços em ambiente salubre. No caso de gestantes e de lactantes há, aliás, expressa disposição normativa protetiva no art. 394-A da CLT e nos seus §§ 2º e 3º e nas razões de decidir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF.<sup>2</sup>

### **Mas a pandemia do coronavírus é evento suficiente para concluir-se que o meio ambiente de trabalho é insalubre diante da constatação de possíveis agentes biológicos agressivos?**

Não nos parece assim, pois não há quanto ao coronavírus uma insalubridade ou mesmo uma condição de risco que incida específica e unicamente no meio ambiente no trabalho. O que há, na verdade, é um risco absolutamente difuso, que se manifesta em todo o meio social em decorrência da interação humana. A gestante e a lactante, portanto, onde quer que estejam, dentro da empresa ou em deslocamento residência-trabalho-residência, estarão, igualmente, em situação de potencial dano à sua saúde.

Se houvesse – ou se, no futuro, vier a existir – a conclusão no sentido de

---

<sup>2</sup>Para compreender maiores detalhes consulte-se MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 399-400.

que o coronavírus eliminou os espaços salubres de trabalho dentro da empresa para as gestantes e para as lactantes, a solução já estará posta na lei, mais especificamente no §3º do art. 394-A da CLT, segundo o qual:

quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada [...] exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Note-se, porém, que esse dispositivo, por envolver a concessão de benefício previdenciário, não comporta interpretação extensiva em favor de outros empregados, vale dizer, dos demais imunodeficientes.

**Mas e se não houver conclusão de que o ambiente interno da empresa é insalubre e de que não há dentro dela (empresa) espaços salubres para acomodar os empregados em situação de vulnerabilidade orgânica, que se há de fazer?**

No caso de *empregados com imunodeficiência* (entre os quais aqueles acometidos de doenças autoimunes, a exemplo de diabetes mellitus tipo 1, artrite reumatoide e lúpus, ou portadores de moléstias que danificam o sistema imunológico e interferem na habilidade do organismo de lutar contra as infecções, a exemplo da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS e de cânceres que afetam a medula óssea, como a leucemia e o linfoma) e, por extensão conceitual, pela degenerescência natural, *de empregados com idade elevada* e, pela condição especial, *de gestantes e lactantes*, caberá ao empregador, caso tenha condições para tanto, o dever de acomodar o empregado vulnerável em posto compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa, justamente para evitar o seu submetimento ao um perigo manifesto de mal considerável.

## Mas o que seria exatamente esse “dever de acomodação razoável” e de onde ele provem?

A história do instituto tem suas bases no direito estadunidense. A imposição ao empregador do chamado *dever de acomodação razoável* ali surgiu com o objetivo claro de combater a discriminação motivada pelas crenças religiosas no âmbito laboral. Na sua origem, portanto, a acomodação razoável emergiu como um instrumento jurídico destinado a garantir a máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho. O que se buscava acomodar, à época, eram as necessidades religiosas da parte mais frágil do contrato de trabalho.

É importante que se diga, ademais, que a ideia nasceu como um dos desdobramentos do movimento dos direitos civis que, embora nos seus primórdios visasse essencialmente ao enfrentamento da segregação racial, passou a ter o seu alcance ampliado de modo a incluir a luta por igualdade em favor das camadas da população que sofriam discriminações de outras espécies, a exemplo das motivadas pelas diferenças de gênero e de religião. Justamente por isso, o mais importante estatuto federal destinado a proteger os trabalhadores (empregados, candidatos a emprego e estagiários) da discriminação religiosa no ambiente de trabalho foi o Título VII da Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*), promulgada pelo Congresso americano em 02 de julho de 1964.<sup>3</sup>

O referido estatuto proibiu o tratamento desigual, as ações de retaliação, os ambientes de trabalho hostis e a recusa do empregador a fazer a acomodação razoável das práticas religiosas de seus empregados. Conquanto se aplicasse apenas às empresas com um número mínimo de 15 (quinze) empregados que operassem algum negócio relacionado ao comércio interestadual, os Estados federados também aprovaram leis, substancialmente semelhantes, que estenderam as mesmas vedações a empresas cujas atividades econômicas se limitavam à sua área territorial.

<sup>3</sup> Sobre o assunto, veja-se Gregory (2001), especialmente o capítulo 15, cujo conteúdo é, em boa medida, aproveitado no presente tópico.

É bem verdade que em sua redação original, o Título VII não se referia especificamente ao dever de acomodação. Contudo, ainda em 1964, a primeira das diretrizes editadas pela Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (em inglês, *United States Equal Employment Opportunity Commission*, conhecida pela sigla EEOC), criada pelo *Civil Rights Act*, determinou aos empregadores que acomodassem razoavelmente as necessidades religiosas de seus empregados, desde que isso pudesse ser feito sem grave inconveniente (*serious inconvenience*) para a condução dos negócios empresariais. Um ano depois, a Comissão reviu as suas diretrizes, substituindo a ideia de *serious inconvenience* pela de *undue hardship*, que é aqui traduzida como “encargo excessivo”.<sup>4</sup>

Em 1972, o Congresso dos Estados Unidos acrescentou ao Título VII um dispositivo que estabeleceu expressamente o dever de acomodação. O dispositivo introduzido<sup>5</sup> refletiu as diretrizes da EEOC, prevendo que a prática e a observância religiosa dos empregados fossem razoavelmente acomodadas pelo empregador, a menos que este demonstrasse não ser possível fazê-lo sem encargo excessivo (*undue hardship*) para o desenvolvimento da sua atividade econômica.

Com a introdução do novo dispositivo, a tutela judicial do dever de acomodação no direito estadunidense passou a pressupor que o empregado demonstrasse que as suas crenças eram sinceras (*bona fide religious practice*) e que, além disso, teriam sido comunicadas ao empregador e que, por causa delas, passou a sofrer discriminação por parte da empresa. O empregador, por seu turno, poderia se defender demonstrando que tentou acomodar as necessidades religiosas do

<sup>4</sup> Acompanha-se aqui a tradução de Machado (2010:16–17), pioneiro na lusofonia sobre o tema, ao qual já se referia na sua obra clássica sobre a liberdade religiosa (1996, p. 266).

<sup>5</sup> A redação original do dispositivo adicionado é a seguinte: “For the purpose of this title [...] the term “religion” includes all aspects of religious observance and practice, as well as a belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business”.



empregado ou que a acomodação não seria viável sem que o patrão fosse submetido a um encargo excessivo na condução de seus negócios<sup>6</sup>.

O *duty of reasonable accommodation* não ficou, porém, encastelado no direito dos Estados Unidos, cujos tribunais construíram – e ainda têm construído – caudalosa jurisprudência sobre o tema.

Na década de 80, a ideia de acomodação razoável aportou no Canadá, onde paulatinamente foi se desprendendo das raízes estritamente conectadas à defesa da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho e adquiriu alcance mais amplo, passando a ser utilizada como instrumento jurídico visando à garantia da igualdade real em favor dos mais vulneráveis em diferentes âmbitos da vida social.

As bases para a ampliação dos contornos da acomodação razoável podem ser encontradas na decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá no caso "Simpsons-Sears". Ali, embora a Corte ainda estivesse tratando da questão religiosa, ficou estabelecido que uma acomodação razoável traduz-se na aceitação social da obrigação geral de respeitar a igualdade e de tomar medidas razoáveis para protegê-la, desde que reconheça que um padrão aparentemente neutro poderia ter um efeito discriminatório sobre uma pessoa em razão de ser incompatível com as suas observâncias religiosas.<sup>7</sup>

A ideia deixou de ser estranha a outros ordenamentos jurídicos nacionais que receberam, no trato da questão, alguma influência do direito estadunidense ou canadense.

Atualmente, a ideia do dever de acomodação razoável tem deixado de se restringir ao ambiente de trabalho, podendo ser aplicada – com os devidos ajustes – a outros campos da vida social, a exemplo das escolas e dos serviços públicos. De

<sup>6</sup> Acerca disso consulte-se JOVER, Adoración Castro. La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 168–169.

<sup>7</sup> Sobre o assunto, vale conferir VIVES, Juan Martín. *La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al Derecho Argentino*. Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828.

igual modo, o dever de acomodação não mais se limita a proteger um grupo específico de vulneráveis (como os trabalhadores religiosos) e pode vir a ser usado para combater outras espécies de discriminação, a exemplo das motivadas pela deficiência, pelo gênero, pela idade e pela identidade étnica.

No âmbito do Direito do Trabalho, o dever de acomodação razoável pode ser conceituado como uma regra de ação atribuída ao empregador, egressa do seu dever de proteção, que se traduz na adoção de medidas razoáveis, assim entendidas as que não lhe imponham encargo excessivo, capazes de contemporizar as necessidades do serviço às vulnerabilidades e/ou às diferenças dos empregados, especialmente diante da constatação de que uma conduta aparentemente neutra poderia produzir efeito discriminatório.

Em rigor, contudo, o atendimento das necessidades específicas do trabalhador por meio do reconhecimento de um dever patronal de acomodação razoável é uma ideia que deve assimilada como uma consequência natural da primazia dos direitos humanos. Por outro lado, a sua relevância para a preservação da dignidade do trabalhador impõe que se lhe reconheça um campo de incidência maior do que aquele já reconhecido aos que invocam a sua identidade religiosa e às pessoas com deficiência.

#### **4. O dever de acomodação razoável, direito social ao trabalho e dignidade do trabalhador**

Na íngreme trilha dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana constitui, simultaneamente, ponto de partida e de chegada. Com efeito, a doutrina dos direitos humanos parte da ideia de que os humanos possuem uma dignidade essencial que os distingue de outros seres e, por conta disso, devem ser tratados como fins e não como meios, razão pela qual lhes é apanágio a titularidade de certos direitos universais e inalienáveis. De outra banda, a dignidade da pessoa humana constitui um fim que somente é alcançado plenamente – isto é, somente se

concretiza no mundo dos fatos – quando os direitos humanos são respeitados, protegidos e promovidos.

Ora, a dignidade da pessoa humana não faz sentido sem que seja resguardado aos indivíduos o direito de prover o seu sustento e o de seus dependentes, o que se faz, em regra, por meio de um trabalho remunerado. Com efeito, até mesmo para que seja possível a fruição de outros direitos humanos, os indivíduos necessitam lhes sejam garantidas condições mínimas de sobrevivência. Não é sem razão, portanto, que o direito ao trabalho fulgura na constelação dos direitos humanos como um direito social da mais alta relevância e cuja concretização é sempre urgente.

Um direito social de tal magnitude não poderia jamais ser ignorado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de modo que esta, no seu artigo 23º, proclama de forma retumbante que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. No mesmo diapasão, o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é igualmente claro ao consagrar “o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito”.

É certo, também, que o direito ao trabalho não se confunde com o direito ao emprego, na medida em que o trabalho assalariado não esgota todas as formas de trabalho pelos quais os indivíduos obtêm o seu sustento. Mas, sem dúvida alguma, o vínculo de emprego é, no sistema capitalista, a modalidade de relação de trabalho que desfruta de maior importância histórica e social (além de ser, ainda, a mais comum), o que, por si só, justifica que seja tomada aqui como principal foco de cogitação.

Sob tal prisma, há de registrar-se que a configuração da relação de emprego como uma relação de poder torna-a um terreno fértil para discriminações contra o trabalhador fundadas nos mais diversos motivos, inclusive na imunodeficiência.

Não há quem duvide, acredita-se, que o direito ao trabalho somente se assegura de forma plena quando todas as espécies de discriminação são banidas do ambiente laboral. Se assim for, tão importante quanto garantir aos indivíduos o direito de obter um emprego, igualmente será o de assegurar-lhes que a sua permanência no posto de trabalho não estará condicionada à necessária manutenção, durante todo o pacto laboral, de uma higidez física ou psíquica impecável, sobre-humana. Cabe garantir ao empregado que eventual manifestação de alguma condição pessoal relacionada com a saúde não o torne indesejável ao empregador pelo simples fato de isso ser um fator capaz de reduzir a lucratividade do negócio.

**O que foi dito vale para qualquer época, mesmo quando não se estiver diante de uma crise de saúde global.**

É certo, porém, que o problema se manifesta com maior gravidade em situações agudas como aquela produzida pela pandemia da COVID-19, que ceifou a vida de milhares de pessoas pelo mundo e pelo Brasil, vitimando prioritariamente os indivíduos imunodeficientes, sejam por conta da degenerescência trazida pelas elevadas faixas etárias, seja em virtude de entidades mórbidas eventualmente preexistentes ou adquiridas, seja ainda por força de alguma condição natural vividas, a exemplo da gravidez e da lactação.

Se um trabalhador, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador no sentido de que considere a sua condição pessoal representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Tal qual a escolha de Sofia narrada na obra de William Styron, é desumano ver o trabalhador submetido à opção entre se sujeitar a um risco elevado de morte ou preservar o seu meio de subsistência. Trata-se de um sacrifício incomensurável que atenta, iniludivelmente, contra a dignidade da pessoa humana e que,

exatamente por isso, no contexto do Estado Democrático e Social de Direito, não pode vicejar.

No entanto, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí, eventualmente, medidas que restrinjam a autonomia do trabalhador, é imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Cabe, assim, perquirir sobre como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Defende-se aqui que, independentemente de que haja norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica.

Diante da problemática, pode-se argumentar que a inexistência de previsão expressa em normas legais conspiraria contra a admissibilidade de um dever de acomodação razoável nesse sentido. Este argumento, entretanto, não se sustenta, pois ignora completamente o caráter principiológico dos direitos humanos.

Um argumento que também poderia ser levantado contra o reconhecimento de tal dever patronal seria o de que, por envolver a acomodação um nível de ação positiva em favor dos empregados imunodeficientes, isso representaria um prejuízo para os seus colegas de trabalho. A acomodação, assim, poderia gerar problemas particularmente complexos, considerando-se que o princípio da igualdade imporia que aqueles que não são imunodeficientes fossem igualmente protegidos pelo direito do mesmo modo que os trabalhadores imunodeficientes.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Uma análise mais detalhada sobre os argumentos contrários ao dever de acomodação pode ser encontrada no excelente estudo de Vickers (2008), renomada professora britânica a quem foi atribuída a redação do Relatório da Comissão Europeia sobre a Discriminação de Crença e de Religião no Emprego (*Report for the European Commission on Religion and Belief Discrimination in*

Com efeito, qualquer acomodação em favor de um trabalhador específico, independentemente da espécie de necessidade acomodada, tem realmente o potencial de ser teoricamente vista como discriminação pelos demais trabalhadores. A imposição de um dever empresarial de acomodar as necessidades de alguns empregados pode, de fato, produzir a imediata criação de uma correspondente desvantagem para outros. Por exemplo, a permissão para que um empregado vendedor preste seus serviços mediante teletrabalho numa atividade comercial pode redundar em desvantagem para os outros trabalhadores que, em razão disso, tenham que se dirigir mais vezes às instalações da empresa e permanecer por algum tempo ali. O argumento pode ser reforçado, ainda, com a ideia de que a acomodação provocaria a prevalência do interesse de um único indivíduo sobre o interesse do grupo.

Diante disso, questiona-se: tal argumento da criação de vantagem em favor do imunodeficiente, isoladamente, seria impeditivo da atribuição ao empregador do dever de acomodar razoavelmente as necessidades desses empregados?

A resposta depende muito da avaliação que se faça da importância que se deve conferir à condição específica do trabalhador com déficit de imunidade. Não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que a imunodeficiência, própria ou de terceiros com quem resida, não é uma condição pessoal escolhida pelo trabalhador. Colocá-lo na posição de ter de escolher entre a sua autopreservação ou de algum dos seus familiares e a manutenção do emprego constitui claramente uma violência que não parece justificável numa sociedade que se diz solidária.

Negar a acomodação razoável em tais casos representaria a imposição ao trabalhador imunodeficiente de uma desvantagem *a priori* com fundamento apenas no fato de ele possuir uma deficiência no seu sistema imunológico, tornando-o, assim, ainda que momentaneamente, um indesejado pela política empresarial.

---

*Employment*, publicado em 2007). O que foi escrito no presente tópico muito se beneficia de suas lições.

Não parece, ademais, que a função social da empresa, que deve ser compreendida com um alcance que vai além da mera distribuição de renda,<sup>9</sup> respalde a defesa da prescindibilidade da acomodação das necessidades do trabalhador imunodeficiente. Socialmente é importante que a empresa seja, também, um lugar no qual se promova a inclusão das minorias, inclusive – e especialmente para os fins deste estudo – dos trabalhadores organicamente vulneráveis, vale dizer, é relevante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios.

Desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busca nada mais do que preservar a sua vida, será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

---

<sup>9</sup> Que o bem-estar dos trabalhadores se inclui na função social da propriedade não é novidade no texto constitucional, pois referida no art. 186, *in verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (destacamos).

Naturalmente, o dispositivo em questão, posto que se reporte especificamente à propriedade rural, apresenta requisitos que servem para a aferição do cumprimento da função social de qualquer propriedade, incluindo-se, é claro, a empresa

## 5. Por que os ordenamentos jurídicos têm modernamente buscado ajustar os ambientes de trabalho às pessoas com deficiência, inclusive às pessoas com imunodeficiência?

A resposta é muito clara. Há um consenso de que a asseguarção da dignidade do trabalhador com deficiência demanda medidas específicas de proteção destinadas não apenas à sua inclusão no mercado de trabalho, mas também à sua adaptação ao espaço físico em que a prestação de serviços se desenvolve, constituindo uma pauta cuja relevância para a construção de uma sociedade solidária justifica a imposição à empresa dos custos decorrentes.

A inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa, de fato, reclama uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (inclusive com imunodeficiência) e os que não o são. Ainda assim, vale lembrar que os tipos de deficiência existentes são muitos e que a acomodação das necessidades de trabalhadores com deficiência pode se dar em diversos níveis, exigindo em alguns casos medidas de pouco custo.

O exemplo serve para demonstrar que o mero argumento de que a acomodação das necessidades de seus empregados imunodeficientes representaria uma quebra do princípio isonômico *não é decisivo* para afastar o reconhecimento de um dever empresarial nas situações em que os trabalhadores vivem uma condição especial de vulnerabilidade.

Outro argumento que pode ser levantado contra a necessidade de reconhecer-se a existência de um dever empresarial é o de que o atendimento da necessidade do empregado imunodeficiente haveria de ser resolvido com a pura e simples ponderação, na medida em que o trabalhador e o empregador já teriam o dever mútuo de respeito à vida, um em relação ao outro. Não se olvide, porém, que



as partes do contrato de trabalho não estão numa posição de igualdade. A inferioridade socioeconômica do trabalhador o põe, em regra, numa condição pouco favorável ao atendimento de suas necessidades. O temor de sofrer retaliações e de ser levado ao desemprego o tornam ainda mais vulnerável aos caprichos de um empregador que ignora ou que desvaloriza a sua condição pessoal de vulnerabilidade. Por isso, o dever de acomodação não afasta a necessidade da ponderação dos interesses dos empregados e dos empregadores. Apenas impõe a estes últimos o ônus argumentativo de demonstrar a impossibilidade de acomodação. Nesse sentido, o reconhecimento de um dever patronal de acomodação atende melhor ao princípio de proteção do vulnerável do que a sua negativa ou inaplicação.

Mais uma dificuldade que pode vir à tona nas discussões sobre a acomodação razoável é a de saber-se, em alguns casos, se a pretensão do trabalhador é realmente sincera, já que pode referir-se não à sua própria imunodeficiência, mas à de membros de sua família com quem convive e aos quais precisa dar atenção e assistência. Isso ocorre porque nesses casos o empregador, num primeiro momento, terá que basear a sua decisão nas informações prestadas pelo obreiro.

A dificuldade de comprovação da sinceridade da postulação de um trabalhador, contudo, não é substancialmente diferente da dificuldade de demonstrar a sinceridade de qualquer outra afirmação cuja aceitação dependa da credibilidade de seu autor. Toda vez que o conteúdo de uma afirmação se refere a uma condição subjetiva será difícil mensurar-lhe a sinceridade. Assim, supondo que alguém possa argumentar contra o dever de acomodação com base na dificuldade de aferir-se a sinceridade da pretensão do obreiro, há que se registrar que o perigo de que alguém apresente uma falsa postulação para se beneficiar de uma alteração nas condições de trabalho em nada é diferente do perigo de que alguém apresente uma falsa capacitação profissional ou do risco de que minta sobre a sua pretérita experiência de trabalho. Tais ocorrências, por seu caráter excepcional, não podem

ser presumidas, sob pena de não mais haver qualquer espaço no contrato de trabalho para o princípio da boa-fé. No caso concreto, ademais, é justificável exigir que o empregado demonstre detalhadamente, mediante relatórios e outros documentos, a condição de vulnerabilidade orgânica daquele com o qual reside e em favor de quem oferece intransferível atenção. Para além disso, as sustentações insinceras merecerão a punição exemplar a ser aplicada pelo empregador no exercício do seu poder disciplinar.

Um argumento que também poderia ser oposto ao dever de acomodação é o de que ele poderia representar um custo desnecessário e não desejado para o empregador, com reflexos negativos para os resultados de sua atividade econômica, sobretudo numa época de crise. Enfim, pode-se argumentar que exigir que o empregador atenda às necessidades de seus empregados pode implicar redução dos lucros. O argumento, numa primeira análise, poderia ser rebatido com a concepção ampliada da função social da empresa que impõe o seu comprometimento com o objetivo de promoção de uma sociedade justa e solidária.

Com efeito, os fins econômicos não são os únicos que devem ser considerados na atividade empresarial. Todavia, se não há como ignorar que o dever de acomodação sempre acarreta algum custo, como sói ocorrer também com as medidas visando à inclusão de outras minorias, há maneiras de minimizá-lo, de modo a que os reflexos sobre os resultados da atividade econômica sejam os menores possíveis. É isso que nos Estados Unidos se quer dizer com acomodação “razoável”. No caso concreto, ademais, a necessidade de autopreservação é inerente ao direito à vida, seguramente o mais importante dos direitos humanos.

Há que se chamar, ainda, a atenção para o fato de que o reconhecimento do dever de acomodação não prescinde necessariamente das categorias dogmáticas da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de interesses. Isso é muito evidente, até porque o recurso ao dever de acomodação não esconde o conflito. Antes, tal recurso tem a virtude de apontar, na grande maioria dos casos, para a

precedência *prima facie* da necessidade de o empregado tentar contornar o risco de morte,<sup>10</sup> introduzindo um importante ponto de partida para a ponderação de interesses, o que, em última análise, facilita o processo argumentativo conducente à solução da colisão.

Aliás, a noção do dever de acomodação nem mesmo guarda incompatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A afirmação de que o empregador tem o dever de acomodar razoavelmente as condições de trabalho de seu empregado imunodeficiente, desde que não implique dificuldade excessiva à condução dos negócios, é outra forma de dizer que lhe é vedado restringir desproporcional ou irrazoavelmente a autonomia do trabalhador em busca da sua autopreservação em face de situações que o sujeitam ao risco de morte.

Anote-se, ao final deste tópico, que, apesar de o texto referir muitas vezes as palavras “empresa”, “empresarial”, “lucros” ou “negócios”, a sistemática de acomodação razoável é, em rigor, exigível também do empregador doméstico, cabendo, porém, alguns ajustes relacionados às particularidades do trabalho desenvolvido nas unidades residenciais e também às vicissitudes de um tomador de serviços caracterizado como pessoa ou família. O mesmo se pode dizer, quanto à extensão do dever de acomodação razoável, em relação ao Estado-empregador, o qual, aliás, pela sua visibilidade, é responsável pelo oferecimento do exemplo de conduta a ser seguido pelos particulares.

Anote-se, ainda, que os trabalhadores autônomos podem ser igualmente destinatários da acomodação razoável, embora a atuação dos tomadores dos seus serviços seja menos influente do que aquela constatável dentro de uma relação de emprego, haja vista as reduzidas possibilidades de o referido tomador de serviços

<sup>10</sup> Acompanha-se, no particular, o entendimento de STEINMETZ, Wilson (A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224), que sustenta a precedência *prima facie* dos direitos fundamentais de conteúdo pessoal sobre a autonomia privada, impondo ao empregador o ônus argumentativo em favor da prevalência do seu poder diretivo. Tal entendimento vai ao encontro do princípio de proteção.

não ter as mesmas possibilidades de interferir no universo jurídico daqueles que atuam com autonomia, salvo se houver uma destacada dependência econômica.

Igualmente, embora isso já tenha sido anunciado em algumas passagens do texto, o empregado, especialmente nos tempos do coronavírus, e por um imperativo de incolumidade, pode vir a pretender a acomodação razoável para preservar não apenas a sua frágil saúde diante de eventual vulnerabilidade orgânica, mas também a saúde de seus familiares, igualmente imunodeficientes, com quem resida e em favor de quem preste necessária e intransferível atenção e assistência.

## **6. As mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus e as consequências decorrentes da negativa de acomodação razoável.**

Entre as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do coronavírus estão, sem dúvidas, a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho.

Anote-se, porque importante, *que a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência* ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

A Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de gestantes, de lactantes, de idosos e de empregados com imunodeficiência – é bem clara nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Veja-se o texto do § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o

propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Assim, se o empregador tiver condições de acomodar a gestante, a lactante, o idoso ou o empregado imunodeficiente em posto compatível diante da depreciação da sua capacidade laborativa, e não o fizer, poderá, em última análise, dar causa à resolução do contrato por despedida indireta, nos termos do art. 483 da CLT, sem a exclusão de possível indenização por dano moral fundado em discriminação.

É sempre bom dizer que caberá ao empregado que invoque a inobservância do dever de acomodação razoável o ônus de provar a existência de posto de trabalho compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa.

Por fim, nunca se deve esquecer que, para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação. Para bem entender a situação cabe uma ilustração:

Imagine-se que um empregado do setor administrativo de uma empresa de seguro de saúde tenha levado ao conhecimento do seu empregador, por escrito, o fato de ser o único a residir com a sua avó de mais de 80 anos de idade. Considere-se, ainda, que esse mesmo empregado tenha também demonstrado a ampla possibilidade de realização dos seus trabalhos burocráticos mediante *home office*, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado em atividades presenciais.

Com base nesses elementos, suponha-se que o citado empregado, fundado no dever patronal de acomodação razoável, tenha pedido, por escrito, a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho.

Veja-se o texto da carta, que ora serve de sugestão para situações

assemelhadas:

Estimado senhor gerente.

Considerando o fato de eu ser o único a residir com a minha avó, que tem mais de 80 (oitenta) anos de idade (vide anexa cópia da identidade) e múltiplas comorbidades patogênicas que atingem o seu sistema imunológico (vejam-se relatórios médicos demonstrativos), e levando em conta que o meu trabalho presencial, desenvolvido em unidades hospitalares, me faz vetor de um risco acentuado à saúde a à vida dela, haja vista a pandemia do Coronavírus, SOLICITO, com lastro no dever patronal de acomodação razoável, seja-me permitida, durante o período de decretação da calamidade pública, a realização dos meus trabalhos mediante home office, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado nas atividades presenciais e com amplas possibilidade de a empresa verificar e acompanhar o meu desempenho.

Reitero que somente residimos juntos eu e a minha avó (vide anexa certidão inscrita pelo síndico do prédio) e que as circunstâncias do meu trabalho têm levado preocupação para mim e justa apreensão para ela, o que nos permite entender que a exigência da minha prestação laborável presencial nos levará – e especialmente ela - a correr perigo manifesto de mal considerável.

Diante da urgência que o caso requerer, entenderei que o meu pedido foi deferido, caso não seja oferecida resposta a esta mensagem no prazo de 48 horas.

Ficarei, por isso, à disposição da empresa e seguirei realizando integralmente as minhas atividades, observando o mesmo horário de trabalho, cumprindo as tarefas com o mesmo desempenho e oferecendo o serviço com idêntica qualidade.

Certo de que contarei com a sua compreensão, subscrevo-me atenciosamente,

Pois bem. Considere-se agora que, a despeito de não ter nenhum prejuízo por conta do acolhimento dessa pretensão, *o empregador resolveu não atender o pleito* sob o singelo argumento de que, se assim agisse, outros tantos empregados se achariam desprestigiados pelo simples fato de não conviverem com alguma pessoa imunodeficiente, o que produziria uma verdadeira babel dentro da empresa.

Por conta da rejeição do pleito do trabalhador, imagine-se que esse mesmo empregado, embora contrariado, tenha continuado a frequentar o setor administrativo do hospital no qual atendia dezenas de pessoas suspeitas e efetivamente acometidas do Coronavírus, e que, em um dos atendimentos feitos

aos familiares dos internados, tenha sido infectado pela COVID-19.

Pois bem. Considere-se que esse empregado ao retornar para casa tenha infectado também a sua idosa avó e que, pela múltipla situação de imunodeficiência desta, ela tenha falecido por insuficiência respiratória produzida justamente pelo Coronavírus que tanto o empregado queria evitar.

Ora, a empresa, pela violação do dever de acomodação razoável, estaria possivelmente inserida numa demanda de responsabilização civil com elevada possibilidade de condenação por danos aos patrimônios material e imaterial do seu empregado, pois não lhe faltariam dano e nexos de causalidade para dar início ao processo com vista ao pagamento de indenização em face do Judiciário trabalhista. A negativa de atendimento ao pedido, realizado por escrito, de acomodação razoável seria, sem dúvidas, uma importante peça demonstrativa de culpabilidade do empregador e da sua omissão de acomodar uma situação que não lhe causaria nenhum encargo excessivo.

## Considerações finais

Como se disse no transcurso do texto, a relação de emprego se caracteriza, em regra, pelo poder dado ao empregador e pela sujeição constatável na condição de empregado. Justamente por isso a relação aqui em análise se trona terreno fértil para discriminações fundadas nos mais diversos motivos, inclusive, e especialmente, na imunodeficiência do trabalhador nos tempos do Coronavírus. Dessa forma, se ele, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador, no sentido de que considere a sua condição pessoal, representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Assim, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí, eventualmente, medidas que

restringam a autonomia do trabalhador, tornou-se imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Coube, assim, investigar como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Diante disso, o presente artigo defendeu a tese de que, independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.

Igualmente, sustentou-se aqui a tese de que é importante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios. Assim, desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busque nada mais do que preservar a sua vida, será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que o seu acolhimento redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

O presente artigo conclui também que a inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa reclama, de fato, uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (nesse âmbito incluída a imunodeficiência) e os que não o são.



Destacou-se, por fim, no texto que a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho seriam, sem dúvidas, as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus.

Em linhas finais o texto chama a atenção para o fato de que a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

O § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de qualquer empregado com imunodeficiência – é bem claro nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, o presente artigo também salienta que haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação.

## Referências

GREGORY, Raymond F. **Encountering religion in the workplace: the legal rights and responsibilities of workers and employers.** Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001.

JOVER, Adoración Castro. **La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos.** Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, Porto Alegre: HS Editora, n. 3, p. 7-19, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

\_\_\_\_\_; POSSÍDIO, Cyntia. **O trabalho nos tempos do coronavírus**. São Paulo: Saraiva, 2020.

**Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears**, Supreme Court of Canada, S.C.R., 5361985.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

\_\_\_\_\_. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

\_\_\_\_\_. **A liberdade religiosa do empregado: a acomodação razoável das demandas religiosas do empregado enquanto dever empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VICKERS, Lucy. **Religious freedom, religious discrimination and the workplace**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

VIVES, Juan Martín. **La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral**. Su posible aplicación al Derecho Argentino. Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828

## NAVEGANDO LA PANDEMIA: NOTAS SOBRE SU IMPACTO LABORAL Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA SU CONTENCIÓN

**Mario Garmendia Arigón**

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

35

### Resumen

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

**Palabras claves:** pandemia - enfermedad - empleo - salarios - cobertura social – seguro de paro - diálogo social.

**Sumario:** I) Introducción. II) Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en el trabajo, la actividad económica y el funcionamiento de las empresas. III) Continuidad de la actividad y prevención de los contagios. 1) Trabajo desde el domicilio de los trabajadores. 2) Telemedicina: ley nº 19.869, del 2 de abril de 2020. 3) Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT). IV) Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores. 1) Flexibilización del seguro de paro. 2) Otras medidas. 3) Pago de los salarios. 4) Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley nº 19.874, del 8 de abril de 2020). V) Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena. IV) Situación de los trabajadores de la salud. V) ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura? VI) Conclusiones

### 1. Introducción

Las líneas que siguen tienen por finalidad presentar un panorama resumido acerca de los efectos económicos, laborales y sociales que la pandemia desatada por el COVID-19 viene teniendo en Uruguay, así como de las

medidas de diversa índole que se han venido poniendo en práctica con el objetivo de contenerlos o atemperar sus derivaciones más negativas.

No pretende ser un análisis profundo, minucioso o de detalle, sino una exposición somera y general, que pueda resultar de utilidad para quien esté interesado en contar con un enfoque eminentemente descriptivo del estado de situación.

El título elegido para encabezar este análisis no es caprichoso. La situación de emergencia sanitaria está en pleno desarrollo y en constante movimiento. Todos los días presenta un nuevo desafío y, con la misma cadencia y celeridad, se hace necesario hacerles frente mediante la adopción de decisiones y la puesta en práctica de acciones.

En las últimas semanas se han adoptado decenas de circulares, resoluciones, decretos, acordadas y leyes. Las entidades públicas y privadas han tomado decisiones de la más variada índole. Se ha generalizado, de manera abrupta y masiva, el teletrabajo desde los domicilios. Decenas de miles de trabajadores se han amparado al seguro por enfermedad y otros tantos han sido enviados al seguro de paro. Muchos han sido despedidos y otros han tenido que pactar (o aceptar) la reducción de sus salarios o de sus jornadas o la modificación de sus condiciones de trabajo. Las organizaciones sindicales han planteado reivindicaciones, formulado propuestas y también han realizado manifestaciones de protesta. El Consejo Superior Tripartito se ha reunido y ha conseguido alcanzar consensos sobre algunos temas importantes; varias organizaciones sindicales han negociado y acordado mecanismos que permitieron pausar el desarrollo de las labores en determinados sectores de actividad y, a nivel de las empresas ha habido una intensa y muy importante labor de intercambio bipartito, que ha permitido encauzar situaciones de

diversa índole, así como redactar y poner en práctica protocolos de seguridad e higiene para prevenir contagios o preservar a las personas que presentan mayores riesgos.

Todo esto en el marco de una sucesión vertiginosa de noticias y acontecimientos, que se desarrollan a cada momento, con inusitada velocidad.

En esta situación, casi nada presenta características permanentes. Casi todo está sujeto a revisión e impera una generalizada y profunda sensación de incertidumbre.

Por esta razón, cualquier análisis que en estas circunstancias se realice, debe reconocer de antemano su condición efímera y su autor debe conformarse con saber que su función será similar a la del marino que navega en aguas turbulentas y desconocidas, dejando registro, en el diario de bitácora, de las novedades que se presentan en cada jornada.

## **2. Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en la actividad económica y el funcionamiento de las empresas**

El 13 de marzo de 2020 se confirmaron en Uruguay los primeros casos positivos de COVID-19. Ese mismo día, el Poder Ejecutivo declaró, mediante decreto el *estado emergencia nacional sanitaria* (decreto nº 93/2020, del 13 de marzo de 2020)<sup>11</sup>.

Esa resolución no impuso una cuarentena general obligatoria (decisión que tampoco ha sido adoptada hasta el día en que se están escribiendo estas líneas<sup>12</sup>), pero, en cambio, sí estableció una serie de

---

<sup>11</sup> Puede consultarse el texto completo de la norma en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/93-2020>

<sup>12</sup> 12 de abril de 2020.

medidas que trajeron aparejadas importantes restricciones o condicionamientos en relación a los niveles normales de la actividad en todo el país.

Así, por ejemplo, fueron suspendidos, hasta nuevo aviso, todos los espectáculos públicos y, además, se previó la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pudiera ordenar el cierre de lugares de acceso público, así como otro tipo de medidas de higiene sanitaria, dirigidas a evitar aglomeraciones, con la posibilidad de, incluso, suspender eventos que puedan provocar aglomeración de personas. También se realizó una exhortación a la población para que no organice o participe en actividades de ese tipo.

En ese mismo decreto se impuso el deber<sup>13</sup> de guardar aislamiento<sup>14</sup>, por un término no inferior a 14 días, a aquellas personas que se encontraren en alguna de las siguientes situaciones: a) ya estuvieran contagiadas; b) presentaren síntomas y en los últimos 15 días hubieran ingresado al país provenientes de “zonas de alto riesgo”<sup>15</sup>; c) hubieran estado en “contacto directo”<sup>16</sup> con casos confirmados de covid-19 o, d)

---

<sup>13</sup> Con expresa indicación de que el incumplimiento hace pasible al infractor de, incluso, ser denunciado penalmente. El artículo 11 del decreto dispone que “En caso de verificarse el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 10 del presente Decreto, el personal de salud o quien tome conocimiento de lo sucedido deberá comunicarlo de inmediato a la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública, que de entenderlo pertinente dará noticia a su División Servicios Jurídicos a efectos de realizar la denuncia penal correspondiente”.

<sup>14</sup> El artículo 9 del decreto define a la permanencia en aislamiento como la “condición por la cual la persona debe permanecer en el domicilio, en lo posible en una habitación individual, evitando conductas que pudieran aumentar la transmisión, en las condiciones que indique el médico tratante. De no resultar posible, agrupar pacientes infectados con la misma enfermedad”.

<sup>15</sup> Aquellas que determine la Organización Mundial de la Salud en sus actualizaciones diarias, que a la fecha en que fue dictado el decreto, eran: España, Italia, Francia, Alemania, China, Corea del Sur, Japón, Singapur e Irán.

<sup>16</sup> El “contacto directo” queda definido así en el artículo 9 del decreto: “haber estado a menos de un metro del enfermo o compartido artículos de uso frecuente,

hubieran regresado al país luego de haber permanecido o transitado por “zonas de alto riesgo”.

El mismo día (13 de marzo de 2020) otro decreto del Poder Ejecutivo (nº 94/2020<sup>17</sup>) adoptó medidas de restricción del ingreso al país de pasajeros y tripulantes de cruceros y buques comerciales provenientes de "zonas de alto riesgo", así como de los que presentaran síntomas de la enfermedad. También prohibió el ingreso al país de personas provenientes desde Argentina (exceptuando a los ciudadanos uruguayos y a los residentes en el país, a quienes a su ingreso les impuso la condición de quedar en situación de aislamiento) y la suspensión (a partir del 20 de marzo de 2020 y por el término de treinta días) de los vuelos privados provenientes de Europa, así como la prohibición de ingreso al país de los pasajeros provenientes de "zonas de alto riesgo". A su vez, exhortó a la población a no viajar al extranjero.

Mediante este mismo decreto también se exhortó a todos los empleadores a que sus trabajadores realicen tareas desde sus domicilios toda vez que esto sea posible. Y, a su vez, en relación a los trabajadores, dispuso que -en concordancia con lo previsto en el artículo 19 del Convenio N° 155 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>18</sup>-, recae sobre aquellos el deber de informar de inmediato a

---

tales como útiles de limpieza, teléfonos y celulares, computadoras, mate, utensilios y productos alimenticios”.

<sup>17</sup> Puede consultarse el texto completo de la norma en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/94-2020>

<sup>18</sup> El convenio 155 versa sobre salud y seguridad en el trabajo. Fue ratificado por Uruguay mediante la ley nº 15.965, del 28 de junio de 1988. Su artículo 19 dispone que “Deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: (a) los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador; (b) los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (c) los representantes de los trabajadores en la

su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que, a su juicio, represente un riesgo que promueva la propagación del virus COVID-19.

Pocos días después, el 16 de marzo de 2020, otro decreto del Poder Ejecutivo (nº 101/2020) exhortó<sup>19</sup> “a los Entes de Enseñanza Pública, a que, en forma preventiva y provisoria, dispusieran la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos públicos, en todos los niveles de enseñanza” y, en el caso de los centros privados, en todos los niveles de la enseñanza, dispuso la “suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos”. Esta decisión, si bien no está referida a actividades de carácter económico-productivas, tuvo, como es notorio, una gran repercusión en cuanto a la reducción de la movilidad y actividad social en general y, asimismo, un importante impacto en relación al empleo de las muchas personas que cumplen tareas en o para las instituciones de enseñanza<sup>20</sup>.

---

empresa reciban información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud y puedan consultar a sus organizaciones representativas acerca de esta información, a condición de no divulgar secretos comerciales; (d) los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (e) los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador; con tal objeto, y de común acuerdo, podrá recurrirse a consejeros técnicos ajenos a la empresa; (f) el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o su salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud”.

<sup>19</sup> El empleo de este verbo (“exhortar”) para referirse a los Entes de la Enseñanza Pública responde a la autonomía que éstos tienen constitucionalmente reconocida (art. 202 de la Constitución de la República).

<sup>20</sup> Por otra parte, la enorme mayoría de las instituciones, de todos los niveles de la enseñanza, pusieron rápidamente en práctica modalidades de educación a



A su vez, al día siguiente (17 de marzo de 2020), otra resolución del Poder Ejecutivo (nº 337/2020)<sup>21</sup> exhortó a las empresas propietarias o administradoras de locales comerciales de gran porte (*shopping centers*) a que procedieran al cierre preventivo y provisorio de dichas instalaciones, exceptuando a los locales de venta de alimentos, productos sanitarios (supermercados y farmacias), de servicios financieros y a los que presten servicios de salud.

En suma: la actividad económica ha resultado sumamente afectada en términos generales, aunque con especial énfasis en determinados sectores (comercio y servicios) que se han visto fuertemente golpeados por la situación de emergencia.

A este respecto, son bien significativas las cifras que reflejan el impacto que la situación ha tenido en materia de empleo y ocupación. Durante el mes de marzo fueron enviados al *seguro de paro* más de 86.000 trabajadores<sup>22</sup>, en tanto que aproximadamente 100.000 se ampararon al *seguro de enfermedad*. Es decir, la sumatoria de trabajadores enviados al seguro de paro y amparados al seguro por enfermedad en el mes de marzo llegó a ser de prácticamente el 15% del total de los trabajadores dependientes (públicos y privados)

---

distancia, lo que, desde luego, también supuso un cambio importante en relación a la forma en que los docentes venían cumpliendo habitualmente con sus tareas en condiciones normales.

<sup>21</sup> Puede consultarse el texto completo de esta resolución en: <https://www.impo.com.uy/bases/resoluciones/337-2020>

<sup>22</sup> Además, días pasados la prensa informaba que, solo en la primera semana de abril fueron enviados al seguro de paro otros 37.000 trabajadores. De éstos, 31.342 fueron en calidad de suspendidos, 1.433 como despedidos y 4.308 por reducción de trabajo [<https://www.montevideo.com.uy/Noticias/BPS-recibio-mas-de-37-mil-solicitudes-de-seguro-de-paro-en-la-primera-semana-de-abril-uc749593>]. Sobre la descripción de algunas de las principales características del seguro de paro, ver *infra*, cap. IV).

cotizantes al Banco de Previsión Social<sup>23</sup>. Y, complementariamente, también resulta muy revelador el dato que indica que, desde mayo de 2003, la cantidad mensual de trabajadores enviados al seguro de paro nunca había superado el número de 16.000<sup>24</sup>.

### **3. Continuidad de la actividad y prevención de los contagios**

42

Junto con los muchos sectores que vieron suspendidas sus actividades, otros tantos han continuado funcionando sin solución de continuidad, aunque seguramente es difícil identificar alguno que haya conseguido hacerlo sin haber quedado afectado en alguna medida por los efectos de la generalizada crisis.

#### **1) Trabajo desde el domicilio de los trabajadores**

Como ya se dijo, muchas tareas pasaron cumplirse mediante la modalidad del trabajo a distancia, desde el domicilio de los trabajadores. Sin lugar a dudas, entre las diversas consecuencias que ha tenido el advenimiento de la pandemia, el teletrabajo desde los domicilios ha sido una de las que ha tenido mayor destaque, debido a su abrupta y generalizada difusión.

En tal sentido, inmediatamente de conocidos los primeros casos positivos de COVID-19, el Poder Ejecutivo dirigió mediante decreto (nº 94/2020, del 13 de marzo de 2020) una exhortación a todos los empleadores para que pusieran en práctica sistemas de trabajo desde

<sup>23</sup> Cfr. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16314/1/evolucion-de-los-cotizantes-2019.pdf>.

<sup>24</sup> Cfr. <https://negocios.elpais.com.uy/noticias/bps-recibio-solicitudes-seguro-paro-enfermedad-marzo.html>

los domicilios de sus dependientes en todos los casos en que tal cosa fuera posible<sup>25</sup>.

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

Luego de esa exhortación, un importante contingente de empresas (incluidos organismos públicos de todo nivel) organizaron rápidamente su actividad a través de esta modalidad<sup>26</sup>.

Es importante puntualizar que en Uruguay no existía ni existe aún una regulación general sobre el trabajo a distancia y que, salvo esos específicos puntos a que hizo referencia el decreto más arriba citado (es decir: el deber del empleador de suministrar los insumos y cumplir con el requisito formal de la comunicación a la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social), ninguna otra disposición, exigencia o particularidad ha sido establecida para esta modalidad de realización de las tareas a distancia. Esto significa que, entre otros aspectos, resultan aplicables a esta modalidad de trabajo las normas relativas a la limitación del tiempo de trabajo (en materia de, por ejemplo, extensión de las jornadas, pausas y descansos).

## 2) Telemedicina: ley nº 19.869, del 2 de abril de 2020

---

<sup>25</sup> Similar exhortación fue realizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el CONASSAT (ver infra, numeral 3 de este mismo capítulo).

<sup>26</sup> Ver: <https://www.búsqueda.com.uy/nota/el-estado-usa-una-app-para-monitorear-el-teletrabajo-de-funcionarios>

Por otra parte, el 2 de abril de 2020 quedó promulgada la ley nº 19.869<sup>27</sup>, que tiene por objeto establecer una serie de lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la *telemedicina*, como prestación de los servicios de salud, a fin de mejorar su eficiencia, calidad e incrementar su cobertura mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación. La norma está fundamentalmente centrada en los aspectos de carácter asistencial y en los derechos de los usuarios de los servicios de salud, pero no contiene una regulación de las condiciones de trabajo que regirán en esta materia.

### 3) Medidas profilácticas para el trabajo presencial (CONASSAT)

Ley 19196, del 25/03/2014

#### Artículo 1

El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión.

Por resolución nº 52/2020, del 13 de marzo de 2020<sup>28</sup>, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó al Consejo Nacional de

<sup>27</sup> El texto se puede consultar en: [https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/cons\\_min\\_91.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/cons_min_91.pdf)

<sup>28</sup> El texto de la resolución se puede consultar en [www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-52020-conassat-coronavirus-covid-19](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-52020-conassat-coronavirus-covid-19)

Seguridad y Salud en el Trabajo (CONASSAT)<sup>29</sup> a los efectos de “abordar la situación que actualmente conlleva el eventual riesgo biológico que dentro del ámbito laboral produce la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus denominado COVID-19”.

Esa misma resolución estableció una serie de medidas, que pocos días después fueron ratificadas, ampliadas y detalladas por consenso en el seno del referido CONASSAT y que, a su vez, fueron recogidas por una nueva resolución del MTSS (nº 54/2020, del 19 de marzo de 2020)<sup>30</sup>.

En dichas resoluciones fueron establecidas una serie de medidas y recomendaciones dirigidas a prevenir el riesgo biológico en el ámbito laboral a raíz de la enfermedad infecciosa generada por el COVID-19. En tal sentido, se atribuye al empleador, a la Comisión Bipartita de Seguridad<sup>31</sup> y a los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo<sup>32</sup> la

<sup>29</sup> El CONASSAT es un organismo de integración tripartita, que fue creado por decreto del Poder Ejecutivo, nº 83/996, del 7 de marzo de 1996 - [www.impo.com.uy/bases/decretos/83-1996](http://www.impo.com.uy/bases/decretos/83-1996). Se compone por ocho miembros, que representan al MTSS, MSP, BPS, BSE (un representante por cada uno de esos organismos) y las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores (dos representantes por cada una). Sus cometidos están vinculados con la materia de la seguridad y salud en el trabajo, siendo el encargado de estimular, promover, coordinar y orientar las acciones de todas las entidades, públicas y privadas que tienen relación con dicha temática, así como promover el desarrollo normativo a todo nivel en materia de prevención de riesgos laborales y mejora de las condiciones de trabajo.

<sup>30</sup> El texto de la resolución se puede consultar en <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-54020-conassat-coronavirus-covid-19>

<sup>31</sup> Se trata de las “instancias de cooperación entre empleadores y trabajadores” a que hace referencia el artículo 5º del decreto nº 291/007, del 13 de agosto de 2007. Este decreto tiene por objeto reglamentar el convenio internacional de trabajo nº 155, sobre salud y seguridad en el trabajo. Su texto ha sido parcialmente modificado por el decreto nº 244/016, del 10 de agosto de 2016.

<sup>32</sup> Cuya implementación dispuso el decreto nº 127/2014, del 19 de mayo de 2014 (reglamentario del convenio internacional de trabajo nº 161, sobre servicios de prevención y salud en el trabajo, ratificado por ley nº 15.965, del 28 de junio de 1988) con el objeto de promover la seguridad y salud de los trabajadores. El citado decreto fue modificado por decreto nº 126/2019, del 13 de mayo de 2019, que

tarea de coordinar los mecanismos necesarios para la confección de protocolos de prevención, control y actuación según la naturaleza y características propias de cada empresa o institución, lo que deben contener una serie de *medidas de difusión, prevención, control y actuación*<sup>33</sup>.

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

46

##### **1) Flexibilización del seguro de paro**

El sistema del *seguro de paro*, que ampara la contingencia del desempleo forzoso, existe en Uruguay desde hace más de sesenta

---

varió el cronograma originalmente previsto para la exigibilidad y puesta en práctica en las empresas de dichos servicios.

<sup>33</sup> Implementación de mecanismos de comunicación o difusión de material informativo sobre las medidas de prevención, control, y actuación que emita la autoridad sanitaria; provisión en cantidades suficientes de materiales de higiene en los lugares de trabajo (alcohol y otros medios de protección personal, tales como guantes, mascarillas, etc. cuando por la índole de la actividad estén indicados); extremar medidas de higiene mediante el mantenimiento y desinfección de lugares y equipos de trabajo, con especial referencia a los equipos que proyecten aire (secadores de mano, aires acondicionados y ventilación), higiene y desinfección diaria de la ropa de trabajo, equipos de protección personal y superficies a la que están expuestos los trabajadores en aquellas actividades que lo requieran; lavado de manos, no compartir artículos personales; medidas de higiene respiratoria -estornudos, tos, codo, pañuelos descartables-; mantenimiento de distancia no inferior a 1,5 metros; evitar concentración de personas; adopción de medidas de organización del trabajo que mitiguen el riesgo de propagación del virus (trabajo a distancia y la evaluación de evitar viajes al exterior por parte del personal). También deben preverse las acciones a adoptar ante la aparición de un trabajador con síntomas de la enfermedad. Dichas acciones deben contemplar la participación de los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo (cuando la empresa disponga de los mismos), o del prestador de salud que corresponda al trabajador; la rápida y eficaz adopción de medidas de control al resto de los trabajadores que estuvieron en contacto con el eventual infectado dentro de un período no inferior a los 14 días previos a la aparición de los síntomas de la enfermedad; las circunstancias de hecho que se generen por la imposibilidad de que el trabajador infectado o presunto infectado pueda asistir al centro de trabajo.

años<sup>34</sup> y se ha constituido, en las actuales circunstancias, en una herramienta fundamental de contención social.

El sistema se encuentra regulado por el decreto-ley nº 15.180, del 7 de setiembre de 1981<sup>35</sup> con modificaciones introducidas por la ley nº 18.399, del 24 de octubre de 2008<sup>36</sup> y los decretos reglamentarios, nº 14/982, del 19 de enero de 1982<sup>37</sup> y nº 162/2009, del 30 de marzo de 2009<sup>38</sup>.

Como se sabe, se contemplan tres causales de desempleo forzoso: el despido, la suspensión total de trabajo y la reducción o suspensión parcial de trabajo.

A los efectos del presente análisis, se hace foco en las dos últimas, es decir, la de la *suspensión total* y la de la *reducción parcial* del trabajo y no con pretensión de exponer al detalle sus características, sino sólo con el objeto de señalar, muy someramente, las principales adaptaciones que se han introducido en el marco de la emergencia nacional sanitaria.

La causal de *suspensión total*, permite que aquel empleador que momentáneamente se vea afectado por una situación de falta de trabajo, pueda disponer la suspensión de la relación de trabajo y enviar a sus trabajadores al seguro de paro por un plazo máximo de hasta cuatro meses.

En esos casos -como se acaba de indicar- la relación de trabajo queda suspendida, quedando el trabajador relevado de cumplir con la

---

<sup>34</sup> Al respecto, véase el profundo y minucioso estudio de Bonino Gayoso, Nicolás, "Orígenes y evolución de la asistencia al desempleo en Uruguay", en: [www.audhe.org.uy/Boletin\\_Audhe/Boletin\\_8/Boletin\\_AUDHE\\_2009\\_Bonino\\_pp\\_2\\_4-37.pdf](http://www.audhe.org.uy/Boletin_Audhe/Boletin_8/Boletin_AUDHE_2009_Bonino_pp_2_4-37.pdf) ..

<sup>35</sup> Cf. [www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15180-1981](http://www.impo.com.uy/bases/decretos-ley/15180-1981)

<sup>36</sup> Cf. [www.impo.com.uy/bases/leyes/18399-2008/7](http://www.impo.com.uy/bases/leyes/18399-2008/7)

<sup>37</sup> Cf. [www.impo.com.uy/bases/decretos/14-1982](http://www.impo.com.uy/bases/decretos/14-1982)

<sup>38</sup> Cf. [www.impo.com.uy/bases/decretos/162-2009](http://www.impo.com.uy/bases/decretos/162-2009)

obligación principal a su cargo -la prestación del trabajo- y, a su vez, el empleador queda temporalmente exonerado de hacer efectivo el pago del salario.

En ese periodo el trabajador pasa a percibir una prestación económica, consistente en un subsidio mensual en dinero, que es servido por el Banco de Previsión Social. El monto de dicho subsidio es, en el caso de los trabajadores mensuales, del 50% del promedio mensual de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal, en tanto que para los trabajadores que son remunerados por día o por hora, es equivalente a doce jornales mensuales (el monto de cada jornal se obtiene dividiendo entre 150 al total de las remuneraciones nominales computables percibidas en los seis meses inmediatos anteriores a configurarse la causal)<sup>39</sup>. Es decir, *grosso modo*, se apunta a asegurar que durante el periodo en que la relación de trabajo se encuentra suspendida, el trabajador perciba una prestación económica por un importe que, aproximadamente, alcanza a la mitad del promedio mensual de las remuneraciones que recibió en los seis meses anteriores (más un incremento del 20% cuando el trabajador tiene familiares a cargo). El subsidio tiene, además, un tope mínimo -que en la actualidad es de \$ 5.574,33- y un tope máximo -de \$ 44.606,60.

Por su parte, la modalidad de la *suspensión parcial*, en circunstancias normales sólo está prevista para los trabajadores jornaleros. Sin embargo, la situación de emergencia determinó al Poder Ejecutivo a hacer uso de las facultades que le confiere la ley<sup>40</sup>, a los

<sup>39</sup> Artículo 7 del decreto-ley nº 15.180.

<sup>40</sup> Artículo 10 del decreto-ley nº 15.180, en la redacción dada por el artículo 1º de la ley nº 18.399.



efectos de extender temporalmente esta causal para abarcar también a los trabajadores mensuales<sup>41</sup>.

Procede en alguna de las siguientes hipótesis:

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

El importe de la prestación que en estos casos sirve el Banco de Previsión Social por los días u horas que el trabajador deja de trabajar, es *-grosso modo-* equivalente al 25% del promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en los seis meses inmediatos anteriores. Además, se asegura que la sumatoria de esta prestación y el salario que el trabajador continúa percibiendo de su empleador por las horas o jornadas en que sí continúa trabando, no puede ser en ningún caso inferior al 75% del promedio referido<sup>42</sup>.

No se han introducido modificaciones al régimen que normalmente rige en materia de despidos (prohibiéndolos o limitándolos en ningún sentido). El seguro de paro ha significado una importante contención para los despidos, aunque, incluso así, se han producido unos cuantos<sup>43</sup>, y ya se prevé que la pandemia termine

---

<sup>41</sup> Resoluciones del MTSS, del 18 y 20 de marzo [respectivamente: [www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/noticias/Resolucion%20143%20-%2018-3-2020.pdf](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/documentos/noticias/Resolucion%20143%20-%2018-3-2020.pdf) y [www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-163020-regimen-especial-del-subsidio-desempleo-parcial](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-163020-regimen-especial-del-subsidio-desempleo-parcial)] y 3 de abril de 2020. Este régimen flexibilizado rige hasta el 31 de mayo de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de que sea nuevamente extendido.

<sup>42</sup> Dicho criterio rige desde el 1º de abril de 2020.

<sup>43</sup> De un total de 86.044 solicitudes de subsidio por desempleo que se tramitaron durante el mes de marzo, 6.889 fueron por despido (7,77%).

provocando un importante incremento de los niveles de desempleo (que rondaban el 8.5% antes de declarada la emergencia<sup>44</sup>).

## 2) Otras medidas

También se han habilitado otras medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, tales como el adelantamiento del goce de la licencia (res. MTSS nº 55/2020)<sup>45</sup>, el otorgamiento licencia extraordinaria sin goce de sueldo con pago de una partida extraordinaria (ej. acuerdo celebrado en la industria de la construcción el 20 de marzo de 2020, recogido por el decreto del Poder Ejecutivo nº 108/2020, del 24 de marzo de 2020<sup>46</sup>).

Por otra parte, con la finalidad de aliviar las cargas para las empresas e inyectar cierta liquidez en la economía, se han dispuesto medidas tales como facilidades de pago y exoneración de aportes a la seguridad social para empresas con hasta diez empleados; abatimiento y financiación de aportes patronales y personales a la seguridad social; líneas de crédito blandas a cargo del Banco de la República Oriental del Uruguay, etc.

<sup>44</sup> Cf.

[www.ine.gub.uy/documents/10181/30865/ECH+Empleo+Enero+2020/43ad8dd9-baff-4af8-8589-881e998c1ff7](http://www.ine.gub.uy/documents/10181/30865/ECH+Empleo+Enero+2020/43ad8dd9-baff-4af8-8589-881e998c1ff7)

<sup>45</sup> Puede consultarse el texto de la resolución en: [www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-55020-autorizando-adelanto-licencia-covid-19](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/institucional/normativa/resolucion-55020-autorizando-adelanto-licencia-covid-19)

<sup>46</sup> Puede consultarse la resolución en [www.impo.com.uy/bases/decretos/108-2020](http://www.impo.com.uy/bases/decretos/108-2020)

### 3) Pago de los salarios

En general parece predominar, por el momento, la idea de que las empresas deben continuar haciéndose cargo de los salarios de los trabajadores, lo que implica decir que no han prosperado tesis dirigidas a plantear que los empleadores podrían eximirse de hacer frente al pago de los salarios con fundamento en razones de fuerza mayor o similares.

Sin embargo, también hay que decir que en la actividad privada se están acordando (en general, mediante pactos individuales) reducciones salariales transitorias (que afectan, sobre todo, a personal de nivel gerencial). Esto, sin perjuicio de los envíos al seguro de paro, que ya fueron referidos.

### 4) Fondo solidario COVID-19 e impuesto emergencia sanitaria (ley nº 19.874, del 8 de abril de 2020)

En relación a la actividad pública, corresponde destacar la reciente aprobación de una ley (nº 19.874, del 8 de abril de 2020<sup>47</sup>) que crea el Fondo Solidario COVID-19.

Dicho Fondo se nutre, entre otros aportes, con la recaudación del “Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19”, que también es creado por la misma ley y que, en principio, regirá solamente por los meses de abril y mayo.

---

<sup>47</sup> El texto completo de la ley puede consultarse en [https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/mef\\_41.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/mef_41.pdf)

Dicho tributo grava a todos los funcionarios públicos, a los empleados dependientes de las personas de Derecho público no estatal y, asimismo, a los empleados de las sociedades anónimas en que el Estado es accionista mayoritario.

El impuesto grava a los salarios nominales iguales o superiores a \$ 120.000, aplicándose una escala que va del 5% al 20%, que se incrementa a medida que lo hace el salario del funcionario. La ley dispone, además, que ningún funcionario alcanzado por el impuesto podrá percibir menos de \$ 80.000 líquidos.

También grava los ingresos no originados en relación de dependencia de las personas que se vinculan con esas mismas entidades estatales y paraestatales. Queda expresamente exceptuado de este impuesto el personal de la salud que participa directa o indirectamente en el proceso asistencial (trabajadores médicos y no médicos) que a raíz de las tareas que desempeña, está expuesto al contagio del Covid-19.

En la citada ley también se crea, con el mismo fin, un impuesto que grava adicionalmente a las jubilaciones (adicional al IASS), con similares franjas y escalas a las que se acaban de indicar respecto de los salarios.

## **5. Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena**

Quienes contraigan la enfermedad quedarán amparados por el sistema general que rige para los casos de enfermedad común (enfermedad no profesional).

Como se sabe, el sistema universal de cobertura de la salud, incluye atención médica a través del denominado Sistema Nacional Integrado

de Salud (conformado por prestadores de salud públicos y privados) y contempla una *licencia por enfermedad* para el trabajador dependiente de la actividad privada, que le otorga el derecho a percibir una prestación económica (a partir del cuarto día de ausencia, salvo hospitalización, en cuyo caso se sirve a partir de ese momento) y por el término máximo de un año, prorrogable por otro año más. Si el afectado recibe el subsidio en varias oportunidades dentro del periodo de cuatro años, por unidad de dolencia, se suman esos períodos de prestación a los efectos del máximo antes referido<sup>48</sup>.

El importe de la prestación económica es, *grosso modo*, del 70% de los ingresos del trabajador, con un tope que en la actualidad asciende a \$ 44.606,60, más una doceava parte por concepto de aguinaldo.

Por otra parte, a raíz de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo, dispuso<sup>49</sup> que las personas obligadas a guardar aislamiento y estén comprendidas dentro de la cobertura del sistema de la enfermedad común, tienen derecho a percibir la prestación por el período que corresponda.

En forma similar, el decreto n° 109/2020<sup>50</sup>, del 25 de marzo de 2020, autorizó a los trabajadores de 65 años o más a permanecer en régimen de aislamiento por hasta 30 días, percibiendo el subsidio por enfermedad común, salvo en aquellos casos en que realicen tareas desde sus domicilios.

---

<sup>48</sup> V.: Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Relación de trabajo y enfermedad del trabajador", en Revista Derecho del Trabajo, n° 20, julio-setiembre 2018, p. 48 y ss.

<sup>49</sup> Decreto n° 94/020, del 13 de marzo de 2020.

<sup>50</sup> Puede consultarse la norma en: [www.impo.com.uy/bases/decretos/109-2020](http://www.impo.com.uy/bases/decretos/109-2020)

## 6. Situación de los trabajadores de la salud

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

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

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

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

En estos casos, el trabajador tiene derecho a percibir una *renta temporaria*, “durante el período de la enfermedad y con el límite máximo de cuarenta y cinco días”.

El importe de esa renta -que es servida por el Banco de Seguros del Estado- es del 100% del jornal o sueldo mensual que el trabajador venía

percibiendo al momento en que le es diagnosticada la enfermedad, con un tope máximo de 10 *salarios mínimos nacionales* mensuales (\$ 163.000).

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

55

Diálogo y negociación pueden, *a priori*, visualizarse como mecanismos difíciles de ser puestos en práctica en contextos en que se impone la adopción de decisiones y acciones muy rápidas.

No obstante, resulta fundamental instalar y preservar ámbitos en los que sea posible desarrollar ese tipo de prácticas, tan importantes en momentos tan acuciantes como los que se están atravesando.

En este sentido, como ya se adelantó, se han venido generando espacios de diálogo, en los que ha sido posible alcanzar acuerdos con miras a resolver diversos temas a nivel nacional<sup>51</sup>, sectorial<sup>52</sup> y de empresas.

## Conclusiones

Resulta aventurado formular conclusiones en un momento en el que todavía continuamos transitando por una situación inédita y con

<sup>51</sup> Por ejemplo, en el Consejo Superior Tripartito ([www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/consenso-postergar-convocatoria-consejos-salarios](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/comunicacion/noticias/consenso-postergar-convocatoria-consejos-salarios))

<sup>52</sup> Por ejemplo, los acuerdos celebrados en la industria de la construcción para el adelantamiento de la licencia y el pago de una partida extraordinaria (<https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/politicas-y-gestion/normativa-acuerdos-protocolos-relacionados-emergencia-sanitaria-covid-19>) y, en el mismo sector, el acuerdo alcanzado el 11 de abril de 2020, en el que se establecieron las condiciones de retorno a la actividad y el protocolo de trabajo. También puede mencionarse el protocolo de higiene y prevención alcanzado para el sector del transporte -grupo 13- agencias de carga [www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/tematica/g-agencias-carga](http://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/tematica/g-agencias-carga).

características tan generalizadas y graves. La falta de certezas parece ser el factor que mejor identifica los días que se viven, en los que todavía no es posible pronosticar cuánto tiempo insumirá el retorno a la normalidad.

En los primeros treinta días que han transcurrido desde la declaración del estado de emergencia sanitaria nacional, el impacto se ha hecho sentido con bastante rigor y la actividad económica se ha visto afectada en una muy importante medida. Esto ha provocado graves repercusiones a nivel laboral y social, al punto que ya se cuentan por decenas de miles las familias damnificadas por la crisis. Por otra parte, la sensación de vulnerabilidad que con todo esto se genera, se hace es aún más intensa si se tiene en cuenta que como telón de fondo de las adversidades económicas y sociales, se presenta un factor que amenaza bienes todavía más preciados, como la salud, la libertad e, incluso la vida.

Comoquiera que sea, en un panorama tan delicado como el actual, se hace imprescindible destacar el inapreciable valor que tiene el hecho de que nuestro país haya sido históricamente capaz de construir y preservar estructuras, sistemas y mecanismos que, aún con sus limitaciones, resultan razonablemente aptos para ofrecer garantías de amparo y contención social cuando son puesto a prueba, incluso en circunstancias tan aciagas.

*Montevideo, 12 de abril de 2020.*



**ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A LUZ DA  
LEI 13.979/20 DIANTE DA EXCEPCIONALIDADE CAUSADA PELA PANDEMIA  
(COVID-19)**

**Wilker Wagner Santos Carvalho**

*Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB, especialista em Direito Administrativo e Constitucional pelo Instituto Mauá de Pesquisa e Educação (2014); especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2017); graduado em Direito pela Faculdade Anhanguera de Brasília (2013); advogado do Serviço Social do Comércio - Administração Regional do Distrito Federal - Sesc-AR/DF.*

**Ellys Christina Bahiense de Moraes**

*Especialista em Instituições de Direito Público e Privado pelo Instituto Araraquara – União Jurídica - Unijur (2016); especialização Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp/Rede LFG (2017); graduação em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano - Unieuro (2013); advogada do Serviço Social do Comércio - Administração Regional do Distrito Federal - Sesc-AR/DF.*

**José Rossini Campos do Couto Corrêa**

*Doutor em Teologia ThD pela Faculdade de Teologia Antioquia Internacional, em Theology pela Antioch Christian University, em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB); doutor e pós-doutor em Direito Internacional pela American World University; Livre Docente em Direito pela Emill Brunner World University (2015); mestre em Ciência da Religião pelo Instituto de Ensino Superior Evangélico; mestre em Direito Canônico pela Faculdade Teológica Panamericana; mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); professor do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); membro correspondente do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão-IHGM e da Academia Maranhense de Letras Jurídicas-AMLJ; pertence à Associação Nacional de Escritores-ANE; membro titular da Academia Brasileira de Letras-ABrL; membro Titular da Comissão Especial de Educação, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB*

**Resumo**

A presente pesquisa tem por escopo a análise dos aspectos mais relevantes que cercam a figura do contrato administrativo no âmbito da Administração Pública em face da Lei nº 8.666/93 cominada com Lei nº 13.979/20, enfocando suas peculiaridades, características e estrutura concernente aos acréscimos e supressões contratuais frente aos cenários pandêmicos que assola todo o país. A preocupação com esta temática emana da grande repercussão e de estudo por parte dos doutrinadores acerca das novas formas de alterações contratuais, principalmente no tocante à alteração de contratos vigentes e na elaboração de novos, em vista a pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19). No entanto, devemos promover as discussões destes temas porque só o debate jurídico-social proporcionará o amadurecimento necessário das estruturas na recepção destas modalidades de contrato.

Devido ao vácuo jurídico em que nos encontramos, ressaltasse a necessidade de estudo sistemáticos da lei para à adequação das normas vigentes, para alcançar aquilo que se espera. Por fim, é importante enxergar as vantagens e desvantagens que podem advir desta nova forma de alteração contratual, tanto na relação entre contratantes e contratados, como também, para o Estado na sua figura de protetor dos interesses da coletividade.


**Palavras-chaves:** Alteração Contratual. Acréscimos. Supressões. Contrato Administrativo. Administração Pública. COVID-19.

## Resumen

La presente investigación tiene como objetivo analizar los aspectos más relevantes que envuelven la figura del contrato administrativo en el ámbito de la Administración Pública frente al Ley nº 8.666/93 combinada con la Ley nº 13.979 / 20, enfocando sus peculiaridades, características y estructura sobre las adiciones y supresión contractual ante los escenarios pandémicos que azotan a todo el país. La preocupación por este tema emana de la gran repercusión y estudio por parte de los adoctrinadores sobre las nuevas formas de alteraciones contractuales, principalmente en lo que respecta a la alteración de los contratos existentes y la elaboración de nuevos, ante la pandemia provocada por el coronavirus (COVID-19). Sin embargo, debemos promover discusiones sobre estos temas porque solo el debate legal-social proporcionará la maduración necesaria de las estructuras en la recepción de estas modalidades contractuales. Debido al vacío jurídico en el que nos encontramos, destacamos la necesidad de un estudio sistemático de la ley con el fin de adecuar la normativa vigente, para lograr lo que se espera. Finalmente, es importante ver las ventajas y desventajas que pueden derivarse de esta nueva forma de cambio contractual, tanto en la relación entre contratistas y contrados, como para el Estado en su figura de protección de los intereses de la comunidad.

**Palabras clave:** Alteración Contractual. Adiciones. Supresiones. Acuerdo Administrativo. Administración Pública. COVID-19.

## 1. Introdução

 importante refletir através de Émile Durkheim (2010, p. 304), quando de sua obra sociológica importantíssima - *Da Divisão do Trabalho Social* - nos faz entender que "os atos que apenas os costumes reprimem não são de natureza diferente daqueles que a lei pune; eles são apenas menos graves".

A Lei de Licitação e Contratos, Lei Federal nº 8.666/93, prevê, nas estrelinhas de seus artigos, que o administrador público deve organizar e implantar em órgãos públicos um sistema de gestão de contratos, compreendendo o gerenciamento, o acompanhamento e a fiscalização da execução até o recebimento do objeto.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 8.666/93 fica estabelecida as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>53</sup>.

Uma das particularidades da mencionada lei é a possibilidade de estabelecer quantitativos máximos a serem implementados sobre o contrato inicialmente pactuado. O art. 65 da Lei nº 8.666/93<sup>54</sup>, quando da alteração dos contratos, aduz que os contratos poderão ser modificados, contudo, precisam estar limitadas por certas balizas legais a fim de assegurar a boa gestão da coisa pública e a preservação dos princípios a que o instituto do contrato administrativo visa preservar.

O art. 65, § 2º, II, da Lei de Licitações (BRASIL, Lei nº 8.666/1993), as supressões podem ser pactuadas em limites superiores a 25% (vinte e cinco por cento). Desse modo, a prevalecer o entendimento em favor da compensação entre acréscimos e supressões. Forçoso, portanto, baseado na lei de licitações é admitir que uma supressão em percentual de 50%, por exemplo, poderá autorizar outro acréscimo no mesmo percentual, permanecendo o contrato no mesmo valor.

É importante esclarecer que esse tema alimenta uma polêmica no que diz respeito à possibilidade de compensação entre acréscimos e supressões sobre o objeto do contrato. Leciona Marçal Justen Filho (2008, p. 742), que a simples redução dos quantitativos licitados pode ser um sério indício de irregularidade e de falta de planejamento. Caso seja preciso aplicar o fenômeno de acréscimos e supressões nos contratos pactuados, nos força a pensar em erro do objeto no projeto inicial do certame, que não previu os quantitativos que deveriam ser contemplados no desde o início.

Nesses casos, com o propósito de evitar fraudes, os doutrinadores, dentro dos limites legais, vêm adotando e defendendo a necessidade de que se tomem os limites

<sup>53</sup> Cf. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta O Art. 37, Inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

<sup>54</sup> Cf. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Art. 65.

para acréscimos e supressões isoladamente. Dessa forma, o limite legal de acréscimo de 25% do valor inicial atualizado do contrato deve ser aplicado livre das supressões porventura realizadas<sup>55</sup>.

Por se trata que uma questão um tanto delicada, necessitando de justificativa plausível para seu devido atendimento e acolhimento, algumas manifestações podem ser colhidas da jurisprudência Tribunal de Contas da União (TCU), no sentido de que não se compensam os acréscimos e supressões, computando-as independentemente para efeitos de atendimento ao limite previsto na Lei de Licitações. Vejamos a Decisão do TCU 215/1999 com os termos do art. 65 da Lei nº 8.666/93:

20. Os responsáveis alegaram que os percentuais de acréscimos e de supressões realizados por meio de aditamentos nos contratos em questão deviam ser avaliados em termos globais, e não de forma separada, como pretende a unidade técnica. Acrescentaram que, se avaliados em termos globais, os percentuais adotados não teriam ultrapassado os limites autorizados por lei, visto que inferiores, no total, a 25%.

21. No entanto, conforme reiterados casos tratados neste tribunal, o percentual previsto no artigo 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 deverá ser verificado separadamente, considerando os acréscimos e as supressões, isto é, deve ser aplicado o limite individual de 25% tanto para acréscimos como para supressões. Nessa linha de raciocínio, deve prevalecer o mesmo entendimento ainda que a alteração contratual tenha sido efetivada em um único aditivo.

22. Ademais, o fato de o legislador ordinário facultar à Administração exigir do contratado que suporte acréscimos e supressões em até 25% do valor inicial atualizado do contrato não lhe autoriza agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, essencialmente o que busca preservar a execução contratual de acordo com as características da proposta vencedora do certame, sob pena de se ferir o princípio constitucional da isonomia. Tal previsão normativa teve como finalidade viabilizar correções quantitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos de quantitativos do projeto básico.

(...).

5. No que tange ao mérito das questões apontadas, assiste razão à Unidade Especializada no que se refere às seguintes<sup>56</sup>:

<sup>55</sup> Cfr. REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. Acréscimos e supressões contratuais. Revista Zênite: ILC de licitações e contratos, Curitiba, ano XVII, n. 191, p. 30, 2010, p. 30.

<sup>56</sup> Cfr. BRASIL, Tribunal de Contas da União. TC 000.344/2010-9. Sumário: Auditoria Constante da Fiscalização de Orientação Centralizada em Repasses para Obras de Saneamento Básico e Habitação

a) extrapolação do limite de 25 % para a realização de acréscimos e supressões: como bem discorreu a Equipe de Auditoria, a jurisprudência do Tribunal tem-se fixado no entendimento de que, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei n. 8.666/1993, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no referido dispositivo legal, conforme o item 9.2 do Acórdão n. 749/2010 – Plenário.

Baseado nas questões acima, pode-se afirmar que os acréscimos de 25% encontram-se limitados ao mesmo percentual a que estão adstritos os acréscimos denominados pela doutrina de quantitativos. Tal distinção não é mencionada expressamente no art. 65, da Lei de Licitações, surgindo como uma construção hermenêutica diante da necessidade de concretização da norma jurídica em face da realidade fática em interferência com o resguardo do interesse público.

Outro ponto, em observância às dificuldades operacionais decorrentes de todas as medidas impostas pela pandemia<sup>57</sup>, é necessário zelar pelo melhor interesse nos andamentos dos contratos administrativos frente à pandemia causada pelo coronavírus. Dessa forma, não se pode esquecer dos inúmeros contratos firmados e, considerando as situações concretas, pensou os legislados sobre a necessidade de editar uma lei para enfrentamento da pandemia. Assim, um contrato que tenha sido celebrado sob as regras da Lei 8.666/93 e cujo objeto possa ser, atualmente,

---

Popular (Acórdão N. 2.490/2009 – Plenário). Urbanização de Assentamentos e Construção de Unidades Habitacionais em Itapeperica da Serra/SP. Determinações.

<sup>57</sup> Em dezembro de 2019, houve a transmissão de um novo coronavírus (SARS-CoV-2), o qual foi identificado em Wuhan na China e causou a COVID-19, sendo em seguida disseminada e transmitida pessoa a pessoa. A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.

Ministério da Saúde. Site: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>, acessado em 03/11/2020.

considerado necessário ao enfrentamento da emergência, pode-se utilizar a Lei 13.979/20<sup>58</sup>, criada para os devidos fins.

Em vista a forma alteração e supressão nos contratos administrativos celebrado, anteriormente à pandemia, com base na Lei n. 8.666/93, for equivalente a “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, existirá possibilidade de alterações contratuais até o limite de 50% e, nesse aspecto, traz a lei como novidade.

## 2. Alteração contratual ante a falta de planejamento da Administração Pública

Nas palavras do doutrinador Marçal Justen Filho,

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica (JUSTEN FILHO, 2010, p. 213).

Corroborando com o entendimento supracitado, o ilustre jurista José dos Santos Carvalho Filho conceitua licitação como:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos- a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (CARVALHO FILHO, 2007, p. 446).

A licitação deve ser entendida como o meio adequado para que a Administração Pública ou o ente assemelhado adquira bens e promova suas

<sup>58</sup> BRASIL. Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

contratações. Tal procedimento administrativo é a regra e está prevista no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, CF/88, art. 37, XXI).

A razão de ser da regra para a Administração Pública realizar licitação foi exatamente para afastar os riscos de apenas pessoas escolhidas pelo crivo da afinidade e da personalidade contratassem com o poder público. A intenção do legislador foi exatamente fazer com que por meio de uma disputa, interessados aleatórios participem de uma seleção com regras objetivas, bem definidas e previamente disponibilizadas ao conhecimento público, por meio de um instrumento convocatório, a fim de garantir a competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nesse diapasão, o ilustre jurista José dos Santos Carvalho Filho, em seu *Manual de Direito Administrativo* fez uma interessante reflexão acerca da obrigatoriedade da licitação, *in verbis*:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos (CARVALHO FILHO, 2007, p. 213).

Entretanto, precede à realização do certame a fase interna ou etapa pré-contratual em que Administração identifica as suas necessidades e elenca os demais requisitos da licitação, pois o órgão deve se valer de procedimentos concatenados à

legislação, devidamente formalizados, organizados em sequência cronológica até que se chegue ao objetivo pretendido que é a melhor proposta para o fornecimento do bem ou prestação dos serviços.

É na fase interna, ou seja, antes mesmo da divulgação do edital, que a Administração faz seu planejamento de custos e observa o que e a quantidade que se pretende contratar, com a finalidade de evitar repetidas aquisições a preços elevados e o fracionamento do objeto.

Importante consignar que o fracionamento não se confunde com o parcelamento do objeto. O primeiro se refere à divisão de despesa, pois o somatório de várias aquisições durante o mesmo exercício pode ocasionar a equivocada escolha da modalidade de licitação, excedendo o limite legal estabelecido com o nítido propósito de ludibriar e fraudar o dever de licitar. O fracionamento é considerado uma irregularidade e está previsto no art. 23, §5º da Lei nº 8.666/93.

Já o segundo instituto, parcelamento, representa uma divisão do objeto licitado de modo a ampliar a competitividade, possibilitando a Administração gerir economicamente seu recurso financeiro, é o procedimento indicado na legislação e está previsto no art. 23, §1º da Lei nº 8.666/93.<sup>59</sup>

Justen Filho esclarece que:

Grande parte das dificuldades e dos problemas enfrentados pela Administração Pública ao longo da licitação e durante a execução do contrato pode ser evitada por meio de atuação cuidadosa e diligente nessa etapa interna. Todas as atividades preliminares destinam-se a evitar surpresas, desperdício de tempo e de recursos públicos e início de projetos inviáveis (JUSTEN FILHO, 2010, p. 443).

Nesse seguimento, o enunciado do Tribunal de Contas da União – TCU no acórdão nº. 1281/2010 do Plenário orienta que

<sup>59</sup> O licitante – Diferença entre fracionamento e parcelamento do objeto:

<http://www.licitante.com.br/parcelamento-fracionamento-qual-e-a-diferenca/>

acessado em

02/10/2020



As compras devem ser planejadas, definindo-se as unidades e as quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, de forma a evitar o parcelamento irregular de despesas e a escolha de modalidade licitatória inadequada (BRASIL, TCU, Acórdão nº 1281/2010).

É bem verdade que haverá situações em que a Administração não conseguirá prever em seu planejamento a perspectiva real de suas necessidades, seja por caso de emergência, seja por outras situações imprevisíveis que fatalmente surgem. Por essa razão, a própria Lei nº 8.666/93 traz a alternativa de alteração do contrato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Melo define contrato administrativo da seguinte forma:

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de Lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas sujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELO, 2009, p. 615).

Não se pretende abordar a obrigatoriedade ou não de um contrato administrativo, como ocorre nos casos de licitação na modalidade concorrência, art. 25 da Lei Geral de Licitações, e sim, diante da formalização de um contrato, a possibilidade de alterá-lo, aditando ou suprimindo o seu objeto dentro dos limites permitidos pela Legislação, art. 65, §1º da Lei supracitada.

O referido dispositivo legal disciplina que a alteração contratual deve ser acompanhada de justificativa, a fim de que sejam identificados a motivação que respalda a mencionada modificação contratual. Com isso, mostra-se evidente que é necessário que exista um fato superveniente, sendo a possível solução seu aditamento ou sua supressão.

Novamente se faz referência ao entendimento prolatado pelo doutrinador Marçal Justen Filho, *in verbis*:

A Administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivos justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato e de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado (JUSTEN FILHO, 2009, p.524-525).

Assim, a inteligência do art. 65 da Lei 8.666/93 para alteração contratual fica clara na praxe quando a Administração possui um contrato vigente com um objeto que atenda aos fins necessários capaz de suprir a situação repentina com mais celeridade e economia do que se ocorresse nova licitação, conforme se verá a seguir.

### 3. Hipóteses de Alteração Contratual

As hipóteses de alteração contratual estão previstas no art. 65 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

~~d) (VETADO).~~

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de

conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

~~§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior.~~

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: [\(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

I - (VETADO) [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. [\(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998\)](#)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento (BRASIL, Lei 8.666/1993, art. 65).

A Lei 8.666/93, que no art. 65, §§ 1º e 2º<sup>60</sup>, expressamente prescreve tanto acréscimos quanto supressões unilaterais até 25% (vinte e cinco por cento), podendo inclusive as supressões em comum acordo entre as partes ultrapassar esse limite.

O limite que a Lei estabelece para o acréscimo e a supressão está previsto no artigo 65, §1º da Lei de Licitações, ou seja, tanto os acréscimos quanto as supressões possuem o limite de 25% do valor inicial atualizado. Em se tratando de reforma de edifício ou equipamento, o acréscimo pode chegar até 50%, conforme transcrito acima.

Fato é que a única exceção para exceder o limite de 25% de supressão é a hipótese de uma supressão resultante de um acordo entre as partes nos termos do art. 65, §2, inciso II, da mencionada lei.

Ressalta-se, a título de parâmetro, que o § 4º, do art. 65, da Lei 8.666/93<sup>61</sup> estabelece que na hipótese de supressão, se o contratado já tiver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, fará jus à indenização pelos custos de aquisição regularmente comprovados, bem como por outros prejuízos demonstrados no processo administrativo.

Convém lembrar que ao considerarmos os incisos I e II do art. 65 da Lei 8.666/93 que delimitam as espécies de alterações unilaterais, o legislador possibilitou ser possível a restritiva alteração nos contratos decorrentes da Lei 13.979/20, ainda, considerando o art. 4º, inciso I da Lei 13.979/20, somente tem o objetivo de aumentar o limite previsto na referida lei 8.666/93, adotando a mesma lógica de interpretação contida na Decisão 215/99-TCU, de que o §1º do art. 65, pretendeu fixar limites para ambas as espécies de alterações unilaterais, sendo as modificações qualitativas e quantitativas.

As hipóteses de alteração contratual sofreram mudanças em vista da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19), que assola o país, quando do advento

<sup>60</sup> Cf. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. 65, §§ 1º e 2º.

<sup>61</sup> Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. 65, § 4º.

da Lei 13.979/20, que trouxe regras específicas para as contratações públicas, objetivando a aquisição de bens, serviços e insumos, destinados ao enfrentamento da emergência.

#### **4. Alteração contratual sob a luz da Lei 13.979/20 e as orientações do Tribunal de Contas da União - TCU**

No primeiro triênio deste ano de 2020, o Brasil foi atingido com a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), situação que ocasionou o isolamento social, leitos de hospitais abarrotados de pessoas da noite para o dia e conseqüentemente o aumento de contratações públicas.

Nesse contexto, a Administração Pública ficou impossibilitada de realizar em toda e qualquer licitação, o planejamento de suas contratações, pois a demora na fase interna poderia ocasionar um colapso do sistema de saúde pública, gerando inclusive reflexos ainda maiores para a economia.

Sabe-se que a licitação além de ser obrigatória é repleta de formalismo e com isso, vem acompanhado de fases internas e externas que concorrem para que a seleção seja, muitas vezes, vagarosa. Isso pode retardar a obtenção do objeto ou ainda agravar a situação que carece de uma imediata providência pela Administração Pública.

Pensando nisso, o Governo Federal sancionou a Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, cujo teor foi modificado posteriormente pela medida provisória nº 926/2020 e pela Lei nº 14.035/2020. Essa Lei, nº 13.979/2020, trouxe flexibilização para as aquisições de bens e contratações de serviços destinados ao enfrentamento do novo Coronavírus.

É evidente que a Lei nº. 13.979/2020 foi elaborada com a finalidade de transpor o período de pandemia durante o ano de 2020, suprir toda e qualquer necessidade da Administração no enfrentamento da doença, podendo se estender

ainda por meses. Trata-se de uma lei excepcional, conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Marçal Justen Filho leciona que:

A pandemia pode gerar situações de atendimento imediato, insuscetível de aguardar dias ou horas. Basta considerar hipóteses em que instalações ou serviços de terceiros seja indispensáveis para tentar evitar o óbito de um sujeito ou para impedir a disseminação do vírus. É evidente que as regras constitucionais, que privilegiam o atendimento às necessidades coletivas e a realização do interesse público, impõem a adoção de medidas práticas e efetivas por parte da Administração Pública, independentemente, de formalização num procedimento administrativo burocrático (JUSTEN FILHO, 2020)<sup>62</sup>.

Corroborando com o entendimento acima, percebe-se que a pandemia alterou a relação jurídica já existente. Se antes havia uma estabilização do negócio jurídico em que as entregas de produtos eram realizadas mais facilmente, com a situação instaurada pelo Covid-19, a incerteza pairou sobre as contratações dos mais variados tipos de objeto.

Repisa-se que a Lei nº. 13.979/2020 apenas possibilita a flexibilização dos procedimentos a serem adotados para aquisição de produtos, materiais, contratação de serviços e obras inerentes ao combate da pandemia, não podendo se olvidar de todas as determinações legais previstas na Lei geral de licitações para contratações em outros tipos de situação.

Deve-se consignar que mesmo diante da necessidade de contratação imediata para enfrentamento da pandemia, os princípios constitucionais previstos no art. 37, quais sejam, da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade, dentre outros implícitos aplicáveis à licitação, não podem ser afastados, pois a não inobservância dos princípios pode considerar burla aos ditames previstos na Constituição Federal.

<sup>62</sup> Íntegra disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJD%20-%20200318-Crise.pdf> > acessado em 03/10/2020.

A influência da pandemia nos contratos administrativos foi inúmera, o valor do dólar subiu e conseqüentemente os insumos também, retardando a entrega dos produtos e também a elevação de preços, além de inexecução dos serviços quando empresários e trabalhadores de todas as áreas do comércio tiveram que se ausentar de seus empregos em virtude de contaminação. Todos esses e mais alguns outros são fatores influenciaram negativamente nos contratos administrativos em andamento.

O TCU, no acórdão nº 1335/2020, manifestou o seu entendimento acerca da contratação emergencial para o enfrentamento da pandemia, cujo excerto cita-se:

9.1.2. com fundamento no art. 4º - E, § 1º, da Lei 13.979/2020, instrua os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo Coronavírus com a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado (BRASIL, TCU, Acórdão n 1335/2020).

Por essa razão, a alteração contratual prevista no art. 65 da Lei 8.888/93 foi revista pelo legislador, de modo a acompanhar a situação instaurada no país decorrente da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19), conforme art. 1º da Lei nº 13.979/2020: “art. 1º - Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

O referido artigo da lei supracitada previa que o contratado ficaria obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e as supressões em até 25% para obras, serviços e aquisições e para os casos de reforma de edifício ou equipamento o limite de 50%.

No entanto, diferentemente do previsto no art. 65 da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 13.979/2020 trouxe em seu art. 4º-I a previsão de que a alteração contratual seria

imposta à empresa contratada até o limite de 50% do valor inicial do contrato, nesses termos:

Art. 4º-I. Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato (BRASIL, Lei 13.979/2020, art. 4º-I).

Cabe aqui uma reflexão. Para os contratos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93 e que não houver previsão editalícia ou contratual, condição imposta pelo art. 4-I da Lei 13.979/2020<sup>63</sup>, o percentual de 50% não poderá ser imposto pela Administração Pública, devendo seguir o limite previsto no art. 65 da Lei nº 8.666/93. Dito de outra forma, para alteração contratual em percentual acima de 25% a empresa contratada deve concordar com tal mudança, se não houver previsão no instrumento convocatório.

O site “O licitante” trouxe uma relevante perspectiva acerca da cautelosa possibilidade de alteração contratual disposta no art. 4º – I da Lei 13.979/20 que diz:

Se os aditivos celebrados em situação de normalidade, à luz de uma disciplina já conhecida, são alvos de avaliação rigorosa por parte dos tribunais de contas, muito mais o serão aqueles decorrentes das contratações celebradas no período da pandemia, à luz de normas excepcionais, exigindo, portanto, atenção redobrada dos gestores com a motivação<sup>64</sup>.

Não se pode subestimar o tema de alteração contratual diante da situação instaurada pela pandemia, pois ainda que o assunto seja novo no âmbito do direito

<sup>63</sup> Art. 4º-I. Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato. [\(Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020\)](#)

<sup>64</sup> Confira íntegra em PÉRCIO, Gabriela. **Alterações contratuais durante a pandemia covid-19: aspectos da aplicação do art. 4º-I da Lei 13.979/20**. 2020. In O licitante. Disponível em <<http://www.licitante.com.br/alteracoes-contratuais-pandemia-covid-19/>>.



administrativo e que ainda não detenha posicionamentos específicos do TCU, cabe salientar que os órgãos de controle atuarão diante da excepcionalidade da Lei nº 13.979/2020, analisando o caso concreto, sendo o órgão da Administração Pública obrigada a indicar a motivação da alteração contratual, bem como o destino das aquisições.

Com efeito, nessa linha de raciocínio, no Acórdão nº 1748/2020 do ilustre ministro Benjamim Zymler informa que:

Como bem apontado no voto do recente Acórdão 1355/2020-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamim Zymler, apesar de a Lei 13.979/2020 estabelecer a presunção de que as aquisições realizadas durante a situação de emergência estariam limitadas à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência, ainda sim seriam exigíveis procedimentos mínimos para a contratação. Entre esses procedimentos, estaria a justificativa, mesmo que por estimativa, dos quantitativos a serem adquiridos (BRASIL, TCU Acórdão n 1355/2020).

Assim, para fins de cumprir com a legalidade dos procedimentos na licitação ou na alteração contratual, o TCU possui importantes decisões que podem balizar a atuação da Administração pública em suas contratações emergenciais causadas pela pandemia. Tais jurisprudências auxiliarão aos gestores na hermenêutica da Lei nº 13.979/2020 para o enfrentamento de situações que demandam celeridade e percepção legal. Cita-se:

Acórdão nº 6439/2015 – Primeira Câmara - A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal.<sup>65</sup>

Acórdão nº. 2988/2014 – Plenário - A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993).<sup>66</sup>

Acórdão nº. 4570/2014 – Primeira Câmara - A contratação emergencial destina-se somente a contornar acontecimentos efetivamente

<sup>65</sup> Cf. Acórdão 6439/2015-Primeira Câmara, Relator: AUGUSTO SHERMAN, de 20/10/2015.

<sup>66</sup> Cf. Acórdão 2988/2014-Plenário, Relator: BENJAMIN ZYMLER, de 05/11/2014.

imprevistos, que se situam fora da esfera de controle do administrador e, mesmo assim, tem sua duração limitada a 180 dias, não passíveis de prorrogação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993).<sup>67</sup>

Acórdão nº. 1217/2014 – Plenário - Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano.<sup>68</sup>

Acórdão nº. 3126/2013 – Segunda Câmara - O dano reverso decorrente da falta de produto ou serviço que possa colocar em risco a saúde de pessoas se mostra muito mais gravoso do que o potencial dano ao erário decorrente da aquisição direta para remediar a situação, não podendo ser cobrada do gestor a prática de conduta diversa.<sup>69</sup>

Acórdão nº. 1022/2013 – Segunda Câmara - Se a situação fática exigir a dispensa por situação emergencial, mesmo considerando a ocorrência de falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar.<sup>70</sup>

Acórdão nº. 2614/2011 – Plenário - A contratação direta com base na emergência prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 deve ser adequadamente justificada, de maneira a se afastar qualquer tipo de dúvida quanto à regularidade no uso do dispositivo.<sup>71</sup>

Portanto, infere-se das jurisprudências supracitadas que diante da necessidade de pronto atendimento às situações decorrentes da pandemia, os contratos administrativos poderão ser alvo de alteração contratual, na forma qualitativa ou quantitativa, desde que essa alteração seja apenas para solucionar determinado problema e evitar maiores danos à Administração Pública nas suas mais variadas áreas de atuação.

<sup>67</sup> Cf. Acórdão 4570/2014-Primeira Câmara, Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO, de 26/08/2014.

<sup>68</sup> Cf. Acórdão 1217/2014-Plenário Relator: ANA ARRAES, de 14/05/2014.

<sup>69</sup> Cf. Acórdão 3126/2013-Segunda Câmara, Relator: ANA ARRAES, de 20/11/2013.

<sup>70</sup> Cf. Acórdão 1022/2013-Segunda Câmara, Relator: ANA ARRAES, de 18/03/2013.

<sup>71</sup> Acórdão 2614/2011-Plenário Relator: AROLDO CEDRAZ, 28/09/2011.

## 5. Os reflexos da Lei 13.979/20 diante da necessidade de alteração nos contratos administrativos frente a pandemia pela Covid-19

Como mencionado anteriormente, os contratos podem ser alterados pela Administração Pública, respeitando os limites estabelecidos na Lei de Licitações. Entretanto, em razão da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19)<sup>72</sup> que estamos enfrentando, foi homologada a Lei 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

A lei em epígrafe trouxe o procedimento a ser adotado concernente a seus acréscimos ou supressões estabelecidas no art. 4º-I, da Lei 13.979/20, vejamos:

Art. 4º-I. Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato. [\(Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020\)](#) (BRASIL, Lei 13.979/2020, art. 4º-I).

Em razão desse dispositivo podemos extrair alguns fatores relevante para a alteração dos contratos administrativos: (i) que o limite de 50% poderá ser aplicado como acréscimo ou supressão, aplicando-se as modificações que aumentarem ou diminuïrem o valor do contrato e; (ii) para que ocorra a ampliação do limite de acréscimo ou supressão, será necessário a previsão no edital ou no termo de contrato, nos termos do art. 4º-I, da Lei 13.979/20.

<sup>72</sup> Recentemente, em dezembro de 2019, houve a transmissão de um novo coronavírus (SARS-CoV-2), o qual foi identificado em Wuhan na China e causou a COVID-19, sendo em seguida disseminada e transmitida pessoa a pessoa. A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.

Ministério da Saúde. Site: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>, acessado em 03/11/2020.

Salienta-se que a supressão se justifica, por exemplo, naqueles contratos em que haverá uma redução no ritmo da prestação do serviço, em decorrência da pandemia. Ainda que viável a supressão, principalmente se decorrente de acordo entre as partes, não se pode perder de vista que a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI<sup>73</sup>, assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta originária.

Durante esse cenário pandêmico, fato é que houve reflexos nos contratos administrativos firmados e, por esse motivo, medidas precisavam ser tomadas. A flexibilização pela Lei 13.979/20 surgiu como forma de administrar e desburocratizar os procedimentos contratuais adotados pela Administração Pública. Dessa forma, para ajustar o cenário complexo e de extremo risco à saúde pública, cabe ao gestor agir com eficiência e celeridade, readequando os contratos que não sejam essenciais, seja por meio da supressão, suspensão ou rescisão, justificando no processo administrativo a escolha adotada<sup>74</sup>.

## Considerações Finais

Meses após a pandemia instaurada em âmbito nacional e internacional, a incerteza se a melhor alternativa é a alteração contratual para enfrentamento da situação, permanece. A partir da Lei nº 8.666/93 depreende-se facilmente que os contratos administrativos são mutáveis, por sua própria natureza. E essa característica se explica em razão de fato superveniente ao contrato administrativo, situação imprevisível quando do planejamento da licitação que poderá comprometer o desenvolvimento do contrato.

<sup>73</sup> Constituição da República Federativa do Brasil – 1988, art. 37, inciso XXI “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

<sup>74</sup> TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 272/201.

Após o advento da Lei nº 13.979/2020 o contratado passou a ter de suportar a alteração imposta pela Administração Pública no percentual de até 50% nos contratos vigentes que tiverem previsão editalícia ou por acordo entre as partes, sendo que a teor do que diz a Lei nº 8.666/93 o percentual anterior era de 25.

Mesmo que anteriormente a alteração do objeto contratado fosse utilizada como exceção, somente adotada diante da real necessidade de que o objeto inicialmente contratado, por razões posteriores à contratação, precisasse ser fornecido em qualidade ou maior quantidade, a partir da pandemia passou-se a utilizar a alteração contratual como a primeira opção em razão da celeridade.

Porém, como não poderia deixar de ser com a flexibilização de alteração contratual concedida por meio da Lei nº 13.979/2020, os principais reflexos advindos com a nova lei são: i) Contratação com valores superiores ao praticado no mercado (majoração de preços) ; ii) Aumento de casos de inexecução de serviços e atraso na entrega dos produtos quando da imposição de aditamento ao contrato e consequentemente aplicação de penalidades no campo administrativo e financeiro das empresas; iii) Aumento do desvios de verbas públicas; iv) restrição do número de competidores interessados em contratar com o Poder Público para a entrega de produtos e/ou o fornecimento de serviços, dentre outros.

A bem da verdade, embora permitido por lei, a alteração contratual para acréscimos e supressões dentro dos limites estabelecidos na novel legislação, mesmo diante da pandemia deve ser evitada, com base nos princípios da economicidade, da obtenção pela proposta mais vantajosa, da competitividade, além de ser considerado pelos órgãos de controle indício de falta de planejamento e irregularidade, sob pena de responsabilização prevista no art. 3º, inciso IV da Lei nº 13.979/2020 c/c art. 28 da Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB).<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Lei 13.979/2020 - Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: [...] § 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.

## Referências

BRASIL. **Diário Oficial do Distrito Federal**, p. 20. Nº 60, quinta-feira, 26 de março de 2015.

Site:[http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2015/03\\_Mar%C3%A7o/DODF%20N%C2%BA%2060%20de%2026-03-2015/Se%C3%A7%C3%A3o01-%20060.pdf](http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2015/03_Mar%C3%A7o/DODF%20N%C2%BA%2060%20de%2026-03-2015/Se%C3%A7%C3%A3o01-%20060.pdf), acessado em 03/10/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta O Art. 37, Inciso XXI, da [Constituição Federal](#), institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.645/42 de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Sobre a Doença Coronavírus (COVID-19)**. Site: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>, acessado em 03/11/2020.

DURKHEIM, Émile. 1858-1917. **Da Divisão do Trabalho Social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. Acréscimos e supressões contratuais. **Revista Zênite**: ILC de licitações e contratos, Curitiba, ano XVII, n. 191, p. 30, 2010.

---

Lei nº 4.645/42 - Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

**Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.8, n.8, jan./jul., 2020.**

BRASIL. Tribunal de Conta das União. **Informativo de Licitações e Contratos nº 272/201**. PDF. <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>, acessado em 03/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 2988/2014** - Plenário Ministro Relator: Relator: BENJAMIN ZYMLER. Brasília, Ata 44/2014, Plenário, Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2988-44/14-P.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 4570/2014** - Primeira Câmara, Ministro Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO. Ata 30/2014 – 1ª Câmara, Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-4570-30/14-1, Acesso em:05/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 1217/2014** - Plenário, Ministro Relator: ANA ARRAES. Ata nº 16/2014 – Plenário. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1217-16/14-P. Acesso em:05/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 3126/2013** - Segunda Câmara, Ministro Relator: ANA ARRAES. Ata nº 46/2013 – Plenário. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3126-46/13-P. Acesso em:05/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento 1022/2013** - Plenário, Ministro Relator: ANA ARRAES. Ata nº 14/2013 – Plenário. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1022-14/13-P. Acesso em:05/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 2614/2011** - Plenário, Ministro Relator: AROLDO CEDRAZ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia> >. Ata nº 40/2011 – Plenário. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2614-40/11-P. Acesso em:05/10/2020.

\_\_\_\_\_. Consulta sobre contratação emergencial. **Conhecimento Acórdão 6439/2015** - Primeira Câmara, Ministro Relator: AUGUSTO SHERMAN. Ata nº 36/2015 – 1ª Câmara. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-6439-36/15-1. Acesso em:05/10/2020.

PÉRCIO, Gabriela. Alterações contratuais durante a pandemia Covid-19: aspectos da aplicação do art. 4º-I da Lei 13.979/20. 2020. In **O licitante**. Disponível em <<http://www.licitante.com.br/alteracoes-contratuais-pandemia-Covid-19/>>.

## CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA DURAÇÃO DO TRABALHO NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

### **Rodolfo Pamplona Filho**

*Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM - Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).*

80

### **Leandro Fernandez**

*Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Professor. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2018/2020). Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Coordenador Adjunto da Revista de Direito Civil e Processual. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho.*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Tempo à disposição do empregador e períodos de inatividade. 3 Compatibilidade com as exceções do art. 62 da CLT? 4 Horas extraordinárias, intervalos, trabalho noturno, domingos, feriados e sobreaviso. 5 Considerações finais. Referências

### **1 Introdução**

O trabalho intermitente foi introduzido no Brasil por meio da Lei n.º 13.467/17, a Reforma Trabalhista, resultado da conversão do Projeto de Lei n.º 6.787/16.

Em sua redação original, o PL nada dispunha a respeito do contrato de trabalho intermitente, matéria inserida apenas posteriormente na ambiciosa e abrangente reformulação da CLT apresentada em seu Substitutivo.



Contados artigos e parágrafos inseridos ou alterados, a iniciativa legislativa promoveu mais de duzentas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, além de uma reformulação da Lei n.º 6.019/74 e mudanças pontuais nas Leis n.º 8.036/90, n.º 8.212/91 e n.º 8.213/91.

Especificamente em relação ao contrato de trabalho intermitente, a Lei n.º 13.467/17 alterou o *caput* do art. 443 celetista, incluindo-o como uma das modalidades de contrato de emprego, acrescentando ao citado artigo o seu § 3º, que define essa espécie contratual. A novel legislação também inseriu na CLT o art. 452-A, com nove parágrafos, responsável por estabelecer o regramento aplicável ao trabalho intermitente.

No presente artigo, interessa-nos analisar, de maneira específica e aprofundada, uma série de questionamentos e controvérsias acerca da disciplina da duração do trabalho no contrato de emprego intermitente.

## 2 Tempo à disposição do empregador e períodos de inatividade

Historicamente, toda a normatização, internacional e nacional, acerca da duração do trabalho foi construída com o propósito de restringir a sua extensão.

Não à toa, a primeira Convenção editada pela Organização Internacional do Trabalho dispôs exatamente sobre o tema da limitação das horas de trabalho, sendo a observância deste direito indispensável para a concretização da noção de trabalho decente que décadas mais tarde viria a ser propugnada pela instituição.

O estabelecimento de um número máximo de horas de labor consiste em uma importante conquista histórica e em um dos mais relevantes direitos humanos trabalhistas, estando intimamente relacionada à viabilização do pleno desenvolvimento das potencialidades e dos projetos de vida das pessoas cuja sobrevivência digna depende do oferecimento no mercado de sua força de trabalho.

Justamente por isso, tal direito é explicitamente consagrado em diversos documentos internacionais referentes à proteção do ser humano, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 24<sup>76</sup>, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 7º, alínea “d”<sup>77</sup>, e do Protocolo de San Salvador, em seu art. 7º, alínea “g”<sup>78</sup>. Em âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 7º, XIII, a regra geral da duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, fixando que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

Curiosamente, na atualidade, a disseminação de modelos não convencionais de contratos de emprego tem suscitado entre as autoridades que acompanham o desenvolvimento do mundo do trabalho preocupação com a adoção de práticas de jornada muito reduzida ou mesmo de ausência de prestação de serviços (e, por consequência, de percepção de salários) por longos períodos. Hoje, não somente a extensão máxima da carga horária exige especial atenção, mas também a garantia de um tempo mínimo de trabalho remunerado.

A Organização Internacional do Trabalho divulgou recentemente estudo que evidencia que a disseminação, em diversos países, de regimes aos moldes do contrato de trabalho intermitente tem provocado severos impactos sobre a saúde, o bem-estar, a estabilidade financeira e a cobertura previdenciária dos trabalhadores,

<sup>76</sup> Artigo 24. Todo o homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

<sup>77</sup> Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

<sup>78</sup> Artigo 7º. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos.

cenário constatado predominantemente em relação às funções correspondentes às faixas salariais mais modestas<sup>79</sup>. Por todo o mundo, a adoção de contratos de trabalho sob demanda, de plantão, a chamado ou intermitentes gera a compressão da renda média exatamente daqueles que contam com menos recursos financeiros<sup>80</sup>.

O contrato de trabalho intermitente carrega em si as contradições de criar um sujeito juridicamente vinculado a um empregador, mas faticamente desvinculado do cotidiano do negócio e de criar um modelo que estimula convocações pelo menor tempo possível e, ao mesmo tempo, leva o trabalhador a ativar-se em jornadas mais extensas, quando somados os períodos de trabalho para distintos empregadores.

Deveras, o intermitente sofre um desgaste biológico mais intenso, por precisar trabalhar, na prática, mais horas do que os empregados no contrato de trabalho tradicional para obtenção da mesma faixa salarial aproximada, em razão da identificação quase absoluta entre tempo de trabalho e tempo de serviço efetivo no contrato intermitente, com exclusão quase total de períodos em que o obreiro encontra-se à disposição do empregador apenas aguardando ordens.

Paralelamente, é gerada no trabalhador a constante expectativa do chamado, ansiosamente aguardado para possibilitar a obtenção de alguma remuneração. Daí ser possível afirmar que o contrato intermitente cria, na prática,

---

<sup>79</sup> *“On-call work, including zero-hours contracts, is often characterized by both variable and unpredictable schedules. Variable schedules have been associated with negative effects on health and well-being. The unpredictability of schedules may imply a lack of income security, given that pay is uncertain. This is all the more so given that workers in lower-level occupations (and therefore with lower hourly wages) are more likely to have to take on such work. The variability of their working hours from one week to another also makes social security coverage more difficult since applicable thresholds may not be met on a continuous basis”* (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects**. Genebra: OIT, 2016, p. 226/227).

<sup>80</sup> *“Em todos os sistemas estrangeiros, como já ressaltado, houve precarização do trabalho e aumento da miserabilidade, com redução drástica salarial e aumento grande dos lucros das empresas. Ou seja, embora já exista no direito comparado há alguns anos, tem se mostrado ineficaz como meio de solução dos conflitos sociais”* (BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “Ubertrabalho e Ultraflexiprecarização” in **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**, n.º 25, OAB/SP, São Paulo, 2017, p. 38).

*“um tempo de permanente disponibilidade”<sup>81</sup> ou “um tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição”<sup>82</sup>.*

Observe-se, entretanto, que, tendo o trabalhador aceitado o convite e iniciado a prestação de serviços, os períodos (curtos, por certo) nos quais o trabalhador encontra-se aguardando ordens ou a chegada de clientes para atendimento serão computados como tempo de trabalho, em conformidade com o art. 4º da CLT.

Em linha com as medidas propugnadas pela Organização Internacional do Trabalho, em nossa perspectiva, não é possível a pactuação da relação de emprego na modalidade intermitente nos termos de um contrato “zero-hora”, exigindo-se a fixação de uma carga horária mínima anual, que será executada em períodos descontínuos, na modalidade trabalho alternado, trabalho a chamada ou com a conjugação de ambas.

Assentada essa premissa, avançaremos à análise da compatibilidade ou não do trabalho intermitente com as exceções previstas no art. 62 celetista e, na sequência, abordaremos uma série de questões práticas relevantes acerca da duração do trabalho no contrato intermitente.

### **3 Compatibilidade com as exceções do art. 62 da CLT?**

O adequado exame da possibilidade de enquadramento do trabalhador intermitente em um dos casos previstos no art. 62 celetista demanda breve digressão acerca dos fundamentos e da extensão das exceções nele previstas.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece, no citado dispositivo, três hipóteses de empregados afastados da disciplina da duração do trabalho nela

<sup>81</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2019, p. 434.

<sup>82</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017, p. 154.

prevista: **a)** os trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (inciso I); **b)** os ocupantes de cargos de gestão, como gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial (inciso II); **c)** a partir da vigência da Lei n.º 13.467/17, os empregados em regime de teletrabalho (inciso III).

O enquadramento na exceção contida no art. 62, I, da CLT pressupõe os seguintes fatores: a) inviabilidade fática de controle da jornada do trabalhador (e não a simples opção do empregador por não realizar o controle); b) anotação da condição de trabalhador externo na CTPS e na ficha de registro de empregado (formalidade para fins de prova, não como exigência de validade<sup>83</sup>). Em outras palavras: só não deverão ser pagas as horas extraordinárias quando, estando registrada a condição de externo na CTPS e na FRE, a duração do trabalho desenvolvido fora do ambiente da empresa for *incontrolável*, pela impossibilidade de fiscalização, e não *incontrolada* porque assim houve melhor o empregador. Entendimento diverso importaria na conclusão de que estaria exclusivamente sob o poder de decisão do patrão se os empregados externos teriam ou não os direitos decorrentes das normas que disciplinam a duração do trabalho.

Por sua vez, o art. 62, II, celetista veicula hipótese de duvidosa constitucionalidade.

Isso porque a Constituição Federal de 1988, ao fixar a duração normal do trabalho, não admitiu distinção de qualquer espécie, relacionada a qualquer cargo ou posição ocupada na estrutura empresarial.

Igualmente, a convencionalidade do dispositivo é questionável, tendo em vista a aparente incompatibilidade com os documentos de Direito Internacional mencionados supra (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional

---

<sup>83</sup> Em conformidade com o entendimento sedimentado no âmbito da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, explicitado na ementa a seguir transcrita: “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a simples ausência de anotação da condição de trabalhador externo na carteira de trabalho e no registro de empregados não constitui, por si só, fator determinante da condenação do empregador ao pagamento de horas extras” (E-RR 8387800-32.2003.5.04.0900, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 07/11/2008).

de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador), os quais são dotados de *jus cogens*. Afinal, a limitação da duração do trabalho é, como já afirmado, um dos mais importantes direitos humanos de índole social.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho possui posicionamento pacífico quanto à constitucionalidade do mencionado artigo celetista, em quase três décadas de manifestação a respeito do dispositivo sob a égide da nova ordem constitucional, sob o argumento de que o trabalhador em função de confiança seria o responsável pela fixação da sua real jornada, com poder de decisão acerca da dimensão do período de prestação de serviços.

A caracterização da exceção prevista no art. 62, II, da CLT exige a coexistência de três requisitos básicos: a) atribuições de gestão; b) inexistência de controle de horário; e c) padrão de remuneração significativo, com gratificação de 40% superior ao cargo efetivo. Logo, ausente qualquer desses pressupostos, a cláusula de exclusão prevista no referido dispositivo não será aplicável.

A redação do *inciso III do art. 62 da CLT* parece sugerir que o simples fato da adoção do teletrabalho seria suficiente para o afastamento dos direitos concernentes à duração do trabalho, nela não estando contemplada a ressalva contida no inciso I do mesmo artigo (*“incompatível com a fixação de horário de trabalho”*).

Não parece ser a melhor interpretação.

De fato, como visto, a regra geral no direito brasileiro é a limitação da duração do trabalho, por força da Constituição Federal e dos aludidos tratados de Direitos Humanos. Os casos de exclusão do regime de duração do labor são excepcionalíssimos e devem possuir um fundamento racionalmente justificável (quanto ao externo, a impossibilidade de acompanhamento e controle da jornada; quanto ao ocupante de cargo de gestão, a fixação por ele próprio dos seus horários, não estando subordinado a fiscalização no tocante ao tema).

A mesma lógica deve ser aplicada em relação ao novo inciso do art. 62 da CLT.

O teletrabalho não deve ser compreendido como uma cláusula absoluta de exclusão do âmbito de incidência da disciplina da duração do trabalho, sob pena de violação à Constituição Federal e aos diplomas internacionais de Direitos Humanos anteriormente referidos.

O simples fato do exercício de tarefas fora do estabelecimento do empregador não conduz automaticamente à conclusão quanto à inviabilidade de fiscalização do tempo de trabalho, como há anos explicita o art. 6º da CLT.

Em verdade, é de conhecimento geral a existência de inúmeros programas e aplicativos concebidos precisamente para o controle da duração do labor do empregado no regime de teletrabalho, mediante, por exemplo, a programação do tempo médio para o cumprimento de cada tarefa ou projeto, com a criação de rotinas de trabalho, o acompanhamento dos períodos de *login* e *logout*, o envio de relatórios das atividades desempenhadas, o encaminhamento de mensagens *online* para acompanhamento das tarefas e fornecimento de *feedback*, a identificação instantânea da visualização de mensagens, o monitoramento em tempo real do trabalho que está sendo executado pelo obreiro, até mesmo com visualização da imagem em seu monitor e do conteúdo do texto digitado pelo empregado.

Nessa ordem de ideias, se for possível, no plano fático, o controle da jornada do empregado em teletrabalho (observe-se, aqui, que a dinâmica do contexto de labor deste sujeito é muito mais próxima da realidade do externo do que do exercente de cargo de gestão), será ele alcançado pela disciplina celetista da duração do trabalho.

Assentadas tais premissas, parece-nos inevitável a conclusão de que o contrato de trabalho intermitente é incompatível com a exclusão do regime de duração do labor previsto no art. 62 da CLT.

Trata-se, com efeito, de hipóteses inconciliáveis. Toda a estrutura que configura o trabalho intermitente gravita em torno da fixação de um número determinado de horas de trabalho: os termos do convite, a aceitação, a definição do salário a ser pago.

É dizer: o controle efetivo de jornada é indispensável no contrato de trabalho intermitente, o que inviabiliza qualquer pretensão de sua exclusão da incidência das regras sobre duração do trabalho previstas na CLT.

Isso não significa que o trabalhador intermitente não possa ser contratado para exercer atividades externamente, em função de confiança (embora seja improvável, neste caso) ou em teletrabalho. Significa apenas que, como qualquer outro empregado que labore em tais condições e esteja submetido a efetivo controle de jornada, também o intermitente não será excluído das regras celetistas sobre duração do trabalho.

A incompatibilidade, como se nota, manifesta-se em relação ao efeito jurídico previsto no art. 62 da CLT, não ao exercício de funções em ambiente externo, em posição de confiança ou em teletrabalho.

#### **4 Horas extraordinárias, intervalos, trabalho noturno, domingos, feriados e sobreaviso**

Como visto, não alcançado pelas exceções previstas no art. 62 celetista, o trabalhador intermitente é beneficiário do regramento relativo à duração do trabalho.

Todavia, as peculiaridades da dinâmica dessa espécie de contrato produzem consequências específicas que merecem atenção.

A primeira questão está relacionada às *horas extraordinárias*.

Acaso o empregador convide o trabalhador para ativar-se durante dez horas em determinado dia, sem prestação de serviços nos demais dias da semana,



poderá sustentar não ser devedor de horas extras, sob o argumento de que o módulo constitucional semanal de 44 horas não foi ultrapassado?

A linha argumentativa parece-nos fadada ao fracasso.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, com o fito de resguardar a saúde e a segurança do trabalhador, dois limites à duração do labor: 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7º, inciso XIII).

Sustentar, na hipótese apresentada, que o empregado não teria direito à percepção de horas extraordinárias por não haver ultrapassado o limite semanal significaria admitir, por exemplo, a possibilidade de convite para a prestação de serviços durante 30 horas seguidas, que igualmente não geraria o pagamento de qualquer hora extraordinária, o que é evidentemente teratológico.

Assim, qualquer convocação formulada para a prestação de serviços por duração superior a 8 horas redundará no pagamento de horas extraordinárias após a oitava.

Noutro giro, se o convite for efetuado para o labor de segunda-feira a sábado, com duração diária de 07 horas e 30 minutos, ao final da semana o empregado intermitente terá direito ao pagamento de uma hora extraordinária, não pela superação do limite diário de 8 horas (que, no caso, não ocorreu), mas por haver ultrapassado o limite semanal de 44 horas (07 horas e 30 minutos x 6 = 45 horas).

Aqui, dois aspectos exigem destaque.

Os comentários até aqui desenvolvidos consideram a regra geral de duração do trabalho prevista na Constituição Federal. Se, entretanto, estivermos diante de trabalhador enquadrado em profissão regulamentada que fixe limites inferiores aos módulos constitucionais, prevalecerá a norma mais favorável ao empregado, que terá a quantificação de horas extraordinárias orientada pelos parâmetros da lei especial.

Deve-se atentar, ainda, aos termos do convite. Ao formulá-lo, o empregador vincula-se à jornada nele indicada, de modo que, havendo necessidade

de prosseguimento da prestação de serviços após o encerramento do período combinado, o tempo de labor excedente será considerado como hora extraordinária. Exemplificativamente, imagine o amigo leitor que o convite aceito pelo trabalhador foi para ativar-se durante quatro horas em determinado dia, mas o empregador, por qualquer circunstância, necessita que o obreiro continue em suas atividades por mais três horas. Neste cenário, o trabalhador terá direito ao recebimento de três horas extraordinárias, observado o adicional de pelo menos 50%.

Obviamente, em casos como o mencionado, eventual alegação de que essas três horas correspondem, na verdade, a um novo convite formulado e aceito imediatamente após a cessação do período inicialmente combinado, com a dispensa de prazo de antecedência autorizada pelo art. 2º, § 4º<sup>84</sup>, da Portaria n.º 349/18, será imediatamente rechaçada pelo Poder Judiciário, com arrimo no art. 9º da CLT.

Sublinhe-se, a título de informação, que o PLS n.º 4.985/19 propugna pela configuração de horas extraordinárias na hipótese narrada, propondo a inclusão de um § 11 no art. 452-A celetista, com a seguinte redação: *“O período adicional em horário subsequente ao da convocação dependerá da concordância do empregado e será considerado hora extraordinária”*.

Assim, considerando como referência a convocação para trabalho em uma diária (que tende a ser predominante no contrato intermitente), *serão computadas como horas extraordinárias as excedentes da oitava, exceto a)* no caso de profissão regulamentada, com limite de duração diária do trabalho inferior ao módulo constitucional, prevalecendo a norma mais benéfica ou *b)* na hipótese de o convite delimitar a duração diária do labor a extensão inferior a oito horas, situação em que todo o tempo que ultrapassar o período combinado será considerado como hora extraordinária.

---

<sup>84</sup> Art. 2º, § 4º Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outra questão interessante diz respeito à possibilidade de o trabalhador ser convidado para prestar serviços em *dois turnos no mesmo dia*, sendo que o total de horas efetivamente trabalhadas é inferior a oito, mas o somatório da duração dos turnos de trabalho e do tempo entre eles é superior a oito horas diárias. Exemplificativamente, imagine-se uma empresa de *fast food* que deseja contar com determinado empregado nos horários de maior movimentação, das 10h00min às 14h00min e das 17h00min às 22h00min. Na situação proposta, deverá haver o pagamento somente de oito horas de trabalho ou teria o funcionário direito à percepção de horas extraordinárias pelo cômputo do tempo total entre as 10h00min e as 22h00min?

O primeiro ponto que deve ficar claro é que não é possível compreender, em qualquer hipótese, cada turno no mesmo dia como uma “nova jornada”, desconsiderando as horas trabalhadas no turno anterior para fins de apuração da existência ou não de horas extraordinárias. Afinal, o parâmetro utilizado pela Constituição Federal é a duração do trabalho no dia em favor do mesmo empregador. Assim, no exemplo, independentemente da discussão a respeito do intervalo temporal entre turnos, inequivocamente o trabalhador já teria direito a receber pelo menos uma hora extraordinária, visto que o somatório dos períodos de trabalho das 10h00min às 14h00min e das 17h00min às 22h00min resulta em nove horas diárias de labor.

Avançando propriamente à questão formulada, há de ser adotada a segunda solução, de acordo com a qual o obreiro tem direito à percepção de horas extraordinárias pelo cômputo do tempo total entre as 10h00min e as 22h00min, acompanhando-se a mesma lógica que ensejou a edição da Súmula n.º 118<sup>85</sup> do TST.

Concretamente, o trabalhador não conseguirá fruir de maneira livre do período entre os turnos, já que seu deslocamento, especialmente em grandes

---

<sup>85</sup> 118. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

idades, inviabilizaria o retorno com pontualidade para o segundo turno, tendo que permanecer nos arredores do estabelecimento do empregador, o qual, ao formular convites nos termos citados, busca, em verdade, manipular artificialmente as regras de duração do trabalho e contar com empregados à sua disposição sem necessitar remunerá-los nas horas de menor movimentação.

Nessa ordem de ideias, a previsão contida no art. 443, § 3º, da CLT de que o contrato de trabalho intermitente é caracterizado pela “*alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses*” não pode ser interpretada como uma autorização a convites para o cumprimento de turnos no mesmo dia com distância temporal entre eles não contabilizada na jornada, mas apenas como aquilo que efetivamente é: uma explicitação do legislador quanto à dinâmica do contrato de trabalho intermitente, que permite chamados para a prestação de somente algumas horas de trabalho em certo dia, seguidas de um período de inatividade.

Raciocínio em sentido distinto franquearia, por exemplo, a formulação de oito convites para a prestação de serviços durante uma hora em cada um com distância temporal também de uma hora entre eles (v.g.: labor das 08h00min às 09h00min, das 10h00min às 11h00min, das 12h00min às 13h00min, das 14h00min às 15h00min, das 16h00min às 17h00min, das 18h00min às 19h00min, das 20h00min às 21h00min e das 22h00min às 23hmin) sem o pagamento de horas extraordinárias, já que não ultrapassadas oito horas de efetivo trabalho, a despeito de o empregado haver permanecido à disposição da empresa durante 15 horas. É claro que o exemplo é caricatural (embora não impossível, visto que a criatividade humana é ilimitada, como se constata nas salas de audiência), mas serve ao propósito de demonstrar que a ideia de desconsideração na jornada do tempo entre turnos de trabalho no mesmo dia é insustentável.

Na mesma linha de intelecção aqui sustentada é a proposta contida no PLS n.º 4.985/19, que, além de outras medidas, objetiva acrescentar ao art. 452-A da

CLT um § 10, com a seguinte redação: “*O contrato de trabalho preverá os períodos do dia em que o trabalhador poderá ser convocado, vedada a convocação para mais de um período do mesmo dia que resulte na disponibilização não remunerada do trabalhador durante os intervalos entre tais períodos*”.

Em nossa perspectiva, em apenas uma hipótese a orientação aqui traçada poderia ser ressalvada: acaso demonstrado que o empregado conseguia desenvolver outras atividades pessoais, a exemplo do comparecimento a aulas de um curso, ou profissionais no período entre turnos.

O trabalhador contratado sob regime intermitente também tem direito à observância dos *intervalos*, de acordo com os parâmetros legais.

Tratando-se de empregado em *meio urbano*, se convidado para jornada com duração superior a seis horas, terá direito a intervalo intrajornada com extensão entre uma e duas horas (CLT, art. 71, *caput*). As possibilidades de ampliação ou redução do intervalo previstas na CLT são aplicáveis aos trabalhadores intermitentes da mesma forma que aos empregados em geral.

Acaso o convite refira-se a trabalho com duração superior a quatro horas, mas limitada a seis horas, seu intervalo deverá ser de 15 minutos (CLT, art. 71, § 1º). Se o período de trabalho não ultrapassar quatro horas, não terá direito ao gozo de intervalo.

No *meio rural*, o obreiro terá direito ao intervalo intrajornada se a prestação de serviços tiver duração superior a seis horas, observados os usos e costumes da região (Lei n.º 5.889/73, art. 5º).

Eventual ideia de formular dois convites para a prestação de serviços em horários subsequentes (por exemplo, das 09h00min às 12h30min e das 12h30min às 16h00min) com o propósito de evitar a concessão do intervalo intrajornada encontrará o óbice intransponível do art. 9º da CLT. Em casos assim, o descumprimento da obrigação de conceder o intervalo pode ensejar o ajuizamento de ação trabalhista com a postulação do correspondente pagamento.

Os intervalos intrajornada especiais ou pausas técnicas, previstos na legislação ou em Norma Regulamentadora com o escopo de preservar a segurança e a saúde no ambiente de trabalho, também beneficiam os empregados intermitentes, a exemplo dos intervalos dedicados a trabalhadores em minas de subsolo (CLT, art. 298) ou em frigoríficos (CLT, art. 253; NR n.º 36).

Se convidado para trabalhar em dias consecutivos, o intermitente também tem direito à observância do intervalo interjornadas de pelo menos onze horas consecutivas, seja no meio urbano (CLT, art. 66), seja no meio rural (Lei n.º 5.889/73, art. 5º).

A realização de trabalho noturno<sup>86</sup> assegurará ao trabalhador a percepção do respectivo adicional (CF/88, art. 7º, IX). Se a jornada for cumprida integralmente em período noturno e vier a ser prorrogada, o adicional também será devido em relação às horas em prorrogação, nos termos da Súmula n.º 60, II<sup>87</sup>, do TST.

Em ambiente urbano, o trabalhador contará ainda com a *redução ficta da hora noturna* para 52min30seg, para o que deve atentar o empregador no momento de realização do convite. O descuido em sua formulação, pelo esquecimento da redução da hora noturna, poderá vir a ensejar o pagamento de horas extraordinárias, já que, do ponto de vista jurídico, a hora de trabalho terá duração inferior à cronológica.

Em relação aos *domingos*, será indispensável analisar a duração da prestação dos serviços proposta no convite.

Se o trabalhador for convidado para ativar-se apenas em um dia de domingo ou em alguns dias da semana, sendo um deles o domingo, não há cogitar-

<sup>86</sup> Em meio urbano, entre 22h00min de um dia e 05h00min do dia seguinte. Em meio rural, na lavoura, das 21h00min de um dia às 05h00min do dia subsequente; na pecuária, das 20h00min de um dia às 04h00min do dia seguinte.

<sup>87</sup> 60, II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.

se de pagamento em dobro pelo labor em tal — menos ainda de concessão de folga compensatória, pela própria dinâmica do contrato intermitente.

Importante rememorar que o empregado receberá, ao final de cada prestação de serviços, o valor equivalente ao repouso semanal remunerado (1/6 do valor do salário), consoante previsto no art. 452-A, § 6º, da CLT.

Se o convite referir-se a trabalho realizado em sete dias seguidos, o obreiro terá direito ao pagamento em dobro pela supressão do repouso semanal constitucionalmente assegurado (art. 7º, XV), incidindo sobre o caso a *ratio* que inspirou a edição da Orientação Jurisprudencial n.º 410<sup>88</sup> da SDI-I do TST. Obviamente, tendo a prestação de serviços sido pactuada apenas com a duração de sete dias seguidos, será inviável a concessão de folga compensatória, dada a peculiaridade da execução do contrato de trabalho intermitente.

Somente se o convite aludir a período superior a uma semana (duração de um mês, exemplificativamente) é que haverá espaço para a possibilidade de concessão de folga compensatória, desde que o seja dentro do período avençado para a prestação de serviços, é claro. Não assegurada a folga, será inevitável o pagamento em dobro pela supressão do repouso semanal.

A mesma lógica acima descrita deve ser adotada em relação aos *feriados* (Súmula n.º 146<sup>89</sup> do TST).

No tocante ao *sobreaviso* (CLT, art. 244; TST, Súmula n.º 428), entendemos que o instituto é, *a priori*, incompatível com o contrato de trabalho intermitente.

No ordenamento pátrio, o legislador fez uma opção inequívoca em relação ao caráter não obrigatório da resposta, de modo que a recusa ao convite não

<sup>88</sup> 410. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. CONCESSÃO APÓS O SÉTIMO DIA CONSECUTIVO DE TRABALHO. ART. 7º, XV, DA CF. VIOLAÇÃO. Viola o art. 7º, XV, da CF a concessão de repouso semanal remunerado após o sétimo dia consecutivo de trabalho, importando no seu pagamento em dobro.

<sup>89</sup> 146. TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO. O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.

descaracterizará a subordinação jurídica. A negativa do trabalhador sequer necessita ser fundamentada.

Em outros sistemas jurídicos, há modelos de trabalho intermitente com aceitação obrigatória como regra (a exemplo da Alemanha, onde é obrigatório o atendimento da convocação, se formulada com antecedência mínima de quatro dias), bem como modelos nos quais cabe às partes a definição quanto à obrigatoriedade de atendimento do chamado (como no sistema italiano, em que o contrato de trabalho intermitente pode ser celebrado com garantia de disponibilidade ou sem garantia de disponibilidade).

No trabalho intermitente a chamada<sup>90</sup> no Brasil, sempre será possível a recusa por parte do trabalhador, o que colide com a essência da figura do sobreaviso.

Por isso, se, no contrato individual, houver a pactuação de que o empregado intermitente é obrigado a atender os convites feitos por seu patrão, a consequência não será o reconhecimento da existência de períodos de sobreaviso, mas de descaracterização do contrato intermitente<sup>91</sup>, configurando-se um vínculo empregatício convencional, com a condenação do empregador ao pagamento da totalidade do salário mensal, adotando como parâmetro de carga horária os módulos constitucionais diário e semanal. É dizer: entender-se-á que o trabalhador estava à disposição do seu empregador para o cumprimento de ordens (CLT, art. 4º) por 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Idêntica solução deve ser adotada se o trabalhador conseguir comprovar, em sede de ação judicial, que, a despeito de não haver tal previsão formal no contrato, o empregador, na prática, exigia que os chamados fossem atendidos, seja por ordem expressa, seja por ameaças ou pela adoção de medidas que se revelem de

<sup>90</sup> Entendemos ser plenamente possível a pactuação do trabalho intermitente também na modalidade de trabalho alternado.

<sup>91</sup> Nessa linha de inteligência, vide o art. 4º, § 2º da Portaria n.º 349/18: Art. 4º, § 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.



jaez disciplinar, como a prática automática de deixar de realizar novos convites para aqueles que o tiverem recusado uma única vez.

Dissemos acima que o instituto do sobreaviso é incompatível com o contrato intermitente apenas *a priori*, em razão da possibilidade de criação de figura assemelhada por meio de diploma coletivo, com base no art. 7º, XXVI, da CF/88 e no art. 611-A, VIII, da CLT. Em verdade, a medida criaria algo próximo do modelo de contrato intermitente com garantia de disponibilidade existente na ordem jurídica italiana, com a previsão de pagamento de uma compensação financeira nos períodos de inatividade e de obrigatoriedade de atendimento dos chamados.

Encerrando o tema da jornada, consideramos relevante salientar que o empregador deverá manter-se atento aos impactos da contratação de trabalhadores intermitentes em relação às obrigações legais calculadas com base no número de empregados da empresa ou do estabelecimento. A lotação de um número expressivo de intermitentes em determinada unidade poderá ensejar a obrigatoriedade de adoção de registro manual, mecânico ou eletrônico dos horários de trabalho, por importar na superação do limite de vinte trabalhadores no estabelecimento, prevista no art. 74, § 2º, da CLT, já que não são considerados apenas os empregados com vínculos convencionais.

Em verdade, os intermitentes estarão incluídos na base de cálculo relativa a todas as obrigações legais que considerem o quantitativo de empregados, a exemplo da definição do quantitativo de membros da CIPA (NR n.º 05) e do número de contratações destinadas ao preenchimento das cotas previstas no art. 429 da CLT e no art. 93 da Lei n.º 8.213/91.

### **Considerações finais**

O contrato de trabalho intermitente é uma modalidade contratual intrincada, complexa não apenas pelos desafios teóricos que impõe a conceitos

construídos ao longo de décadas no Direito do Trabalho, mas também por uma multiplicidade de questões e implicações práticas não solucionadas pela legislação.

Sua adoção exigirá a elaboração de novas reflexões no âmbito dos estudos acerca da duração do trabalho, dadas as peculiaridades da nova modalidade contratual, caracterizada pela alternância entre períodos de atividade e inatividade.

Compete, agora, à doutrina e à jurisprudência o oferecimento dos seus melhores esforços para a construção de soluções seguras para os atores do mundo do trabalho.

## Referências

BRAMANTE, Ivani Contini. Contrato Intermitente: “Ubertrabalho e Ultraflexiprecarização” in **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia**, n.º 25, OAB/SP, São Paulo, 2017.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: curso e discurso**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.º 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects**. Genebra: OIT, 2016.

## DESJUDICIALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE: A AGENDA 2030 DA ONU E A BUSCA PELA ORDEM JURÍDICA JUSTA NA PÓS-MODERNIDADE

**Pâmella Duarte Lopes**

*Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes; especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal.*

**Paulo José Leite Farias**

*Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA); doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.*

99

### Resumo

O presente trabalho aborda o conceito de desenvolvimento sustentável, sua relação com a desjudicialização e a influência dos temas para a pacificação de conflitos na sociedade contemporânea. Utilizando os procedimentos bibliográfico e documental, faz-se uma explanação acerca da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável criada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e o impacto do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 para evolução da humanidade. O presente trabalho visa analisar de que forma os métodos alternativos de solução de conflitos podem contribuir para a transformação das comunidades pós-modernas, com foco na promoção da paz e no acesso à ordem jurídica justa enfatizando a visão de Mauro Cappelletti e Kazuo Watanabe. Além disso, pretende explorar a influência da Agenda 2030 da ONU para garantia da igualdade de acesso à justiça para todos.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento Sustentável. Agenda 2030. Desjudicialização. Paz. Ordem Jurídica Justa.

### Abstract

The present work addresses the concept of sustainable development, its relationship with dejudicialization and the influence of issues for the pacification of conflicts in contemporary society. Using the bibliographic and documentary procedures, an explanation is made about 2030 Agenda for Sustainable Development created by United Nations (UN) and the impact of the Sustainable Development Goal (SDS) 16 for the evolution of humanity. This work aims to analyze how alternative conflict resolution methods can contribute to the transformation of postmodern communities, with a focus on promoting peace and access to a fair legal order according to Mauro Cappelletti and Kazuo Watanabe. In addition, it aims to explore the influence of the UN 2030 Agenda to ensure equal access to justice for all.

**Keywords:** Sustainable Development. 2030 Agenda. Dejudicialization. Peace. Just Legal Order.

## 1. Introdução

É inegável que os conflitos estejam presentes nas sociedades desde os tempos mais remotos. Por conta disso, a atuação estatal em relação ao tema se deu com a criação de locais específicos para solucionar problemas entre indivíduos, entretanto, com a evolução da sociedade, os referidos locais vêm se alterando de acordo com a modernização das instituições e com a cultura dos povos contemporâneos.

No início do século XX, o Poder Judiciário ganhou força e era tido como *locus* principal de solução de divergências. Esta força gerou na sociedade uma tendência ao conflito e a judicialização. Cappelletti (1988, p. 23-30) nesse aspecto destacava três ondas de acesso ao Direito e à Justiça, sendo que as duas primeiras enfatizavam o papel do Poder Judiciário em dar acesso aos pobres e na proteção dos direitos coletivos.

Contudo, mesmo com a hábitos conflituosos, com o passar dos anos foi possível perceber que nem sempre o processo judicial era o melhor caminho para solucionar controvérsias. Daí então, houve o surgimento das ondas renovatórias do Direito, as quais previam a possibilidade de utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos em local diverso das cortes judiciais. Essa foi a terceira onda preconizada por Cappelletti (1998, p. 38-41).

Esses métodos alternativos davam aos litigantes oportunidade de estabelecer condições mais equilibradas e benéficas para resolução das lides.

Os casos de solução de litígio por meios alternativos ganharam visibilidade com o fato de o Poder Judiciário demonstrar não mais atender a sociedade de forma eficaz por conta do grande número de ações em tramitação, o que ocasionou lentidão e má prestação do serviço. Com isso, se percebeu que as partes nem sempre alcançavam o objetivo pretendido nas ações.

Com o fortalecimento das organizações, a valorização da questão ambiental e a importância do desenvolvimento sustentável para a humanidade, a ONU criou metas, a serem atingidas a longo prazo, as quais envolvem diretamente a formação de instituições focadas na promoção da paz e no acesso à justiça de forma absoluta. Há, pois, a necessidade de uma nova cultura da paz que passa por outros mecanismos de resolução de conflitos transjudiciais. Como disse Cappelletti (1988, p. 81) é preciso imaginar métodos alternativos para decidir causas judiciais.

Tais metas vêm influenciando radicalmente as relações sociais, proporcionando à humanidade o desenvolvimento necessário para a busca da ordem jurídica justa por uma perspectiva mais sustentável e eficaz.

Diante do exposto, se fez relevante no presente artigo, a abordagem acerca das convergências entre os temas sustentabilidade e acesso à justiça, bem como a apresentação do papel da ONU no estímulo à paz mundial.

## 2. O conceito de Desenvolvimento Sustentável

Diversas são as definições acerca do desenvolvimento sustentável. Entretanto, antes de definirmos este famoso instituto, é necessário primeiramente que se entenda como o ordenamento jurídico brasileiro trata tal figura.

Os artigos 170, inciso VI e 225 da Constituição Federal apesar de não trazerem a definição do tema em questão, abordam de forma tácita os aspectos do desenvolvimento sustentável ao tratarem da defesa ambiental e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Também, a sustentabilidade destaca o papel da sociedade na construção dos direitos socioambientais.

Porém, o desenvolvimento sustentável vai além da questão ambiental tratada nos artigos acima indicados.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, elaborada em 1992, traz diversos princípios que abordam, além da questão ambiental propriamente dita, o sistema econômico favorável, a cooperação entre os Estados, a

qualidade de vida da sociedade, a igualdade de gênero e de etnia, a pacificação social e o espírito solidário entre os povos.

Com isso, percebe-se que o desenvolvimento sustentável é algo realmente amplo. Mas é definido, no Relatório de Brundtland (1991, p. 46), como o instrumento “que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Dessa forma, se pode definir o desenvolvimento sustentável como um sustentáculo social que envolve natureza, economia e sociedade equilibradas. De maneira mais didática, o desenvolvimento sustentável poderia ser conceituado como o cálculo matemático apresentado na figura a seguir:

Figura 1: Cálculo do Desenvolvimento Sustentável.

$$\begin{array}{c} \text{Meio Ambiente Equilibrado + Economia Sustentável + Sociedade Consciente} \\ = \text{Desenvolvimento Sustentável} \end{array}$$

Fonte: Criação da autora.

Diante disso, a definição de desenvolvimento sustentável apesar de ampla, é simples, porém de difícil concretização, pois é um desafio social e econômico de responsabilidade de toda a humanidade para garantia de um mundo melhor no presente e no futuro.

Nesse mesmo diapasão, há necessidade de ter um novo olhar com os problemas jurídicos, retirando a ênfase nos operadores do direito e concentrando a preocupação nos “usuários” do sistema jurisdicional.

### 3. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável

Depois da definição de desenvolvimento sustentável e da abordagem acerca da difícil concretização do referido instituto, se faz necessário demonstrar como se dá, na prática, o citado desenvolvimento.

Para efetivar o desenvolvimento sustentável na sociedade moderna, a ONU elaborou, em 2015, uma agenda de ação global com dezessete objetivos e cento e sessenta e nove metas, que têm o propósito de transformar o mundo em um lugar melhor até o ano de 2030.

Os objetivos contidos na Agenda 2030 envolvem decisões que “determinarão o curso global de ação para acabar com a *pobreza*, promover a *prosperidade* e o *bem-estar* para todos, proteger o *meio ambiente* e enfrentar as *mudanças climáticas*”.

Com isso, compreende-se que o desenvolvimento sustentável se efetua por meio de ações que buscam o avanço social da humanidade, com base em mudanças que envolvem as pessoas e o planeta, garantido que a evolução humana se dê através do progresso e da pacificação entre os povos.

### 3.1 O Objetivo 16 de Agenda 2030 da ONU

Conforme dito, a Agenda 2030 possui diversos objetivos para o fortalecimento mundial nos mais diversos âmbitos. Dentre eles, a ONU (2015) pretende:

Acabar com a pobreza e a fome em todos os lugares; combater as desigualdades dentro e entre os países; construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas; proteger os direitos humanos e promover a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas; e assegurar a proteção duradoura do planeta e seus recursos naturais (ONU, 2015).

Além disso, a referida Agenda possui perspectivas de incremento das “condições para um crescimento sustentável, inclusivo e economicamente sustentado, prosperidade compartilhada e trabalho decente para todos, tendo em conta os diferentes níveis de desenvolvimento e capacidades nacionais”.

Diante da ênfase acerca da pacificação mundial contida nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, é imprescindível que se aborde a

relevância do ODS 16 para a mudança prospera que tanto se almeja no mundo pós-moderno.

O ODS 16 tem como enfoque a promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, a viabilização do acesso à justiça para todos e a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Em que pese o objetivo apresentado seja expressivo, talvez sua efetivação não seja de claro entendimento, razão pela qual é imprescindível que se apresente como a concretização do acesso à justiça e o incentivo à pacificação se dará.

### *3.1.1. Concretização do ODS 16 e a Desjudicialização*

Uma das formas de concretização da paz social, tão almejada para a humanidade, pode ser alcançada com a desjudicialização. Contudo, é fundamental que se compreenda antes o significado de judicialização.

Inegável que o Poder Judiciário seja conhecido como núcleo de resolução de conflitos. Por essa razão, o professor Kazuo Watanabe (2005) contextualiza a judicialização da seguinte forma:

Toda ênfase é dada à solução de conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso (WATANABE, 2005, p.685).

Diante disso, a judicialização nada mais é do que a entrega da solução de conflitos ao Estado. Situação em que o problema é apresentado ao Poder Judiciário para que haja a devida solução sem a flexibilização das decisões.



Ocorre que, como abordado acima, as demandas judiciais normalmente não possuem decisões adaptáveis. Em outras palavras, não há meio termo em uma disputa judicial e sim um ganhador e um perdedor.

Watanabe (2003, p. 46) defende, ainda, que “a técnica de hoje de solução pelo juiz, por meio de sentença, é uma mera técnica de solução de conflitos, e não uma técnica de pacificação dos conflitantes”. E a citada pacificação entre conflitantes é o ponto crucial para que o ODS 16 seja concretizado.

Porém, a pacificação é um grande desafio para uma sociedade cuja a cultura do processar está entranhada e bem estabelecida. E para que exista a mudança de hábitos sociais e, conseqüentemente, a efetividade do ODS 16, é essencial que se dê atenção à desjudicialização.

A tangibilidade do ODS 16, por meio da desjudicialização, se torna viável pois tem como objetivo não transferir ao Poder Judiciário demandas que possam ser resolvidas por meios alternativos, como a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem.

Com o estímulo à cultura do consenso, inevitavelmente haverá a garantia de justiça para todos, pois as vias alternativas de solução de disputas dão oportunidade aos envolvidos pactuarem acordos flexíveis e maleáveis, conforme os problemas enfrentados.

Nesse aspecto, a meta 16.7 é bastante específica: garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.

A cultura da pacificação deve se dar, inicialmente, dentro da família, da comunidade e da escola, para que a sociedade do presente possa instruir as futuras gerações a implementarem de forma satisfatória o diálogo e a concórdia, objetivando assim, que se alcance meta de termos um mundo melhor, conforme preconizado pela Agenda 2030.

## 4. A Ordem jurídica justa e a sustentabilidade

Com a materialização do ODS 16 para alcance da paz social e do acesso à justiça, sem que necessariamente se utilize do poder estatal para concretizá-la, se levanta a questão acerca do conceito de ordem jurídica justa.

A definição do referido termo aborda a transferência do conceito clássico de acesso à justiça através do Poder Judiciário para um conceito aberto cujas características vão além do direito processual tradicional, fazendo da ordem jurídica justa uma espécie de acesso à justiça mais extenso e adaptado às sociedades pós-modernas.

Criador da ordem jurídica justa, Kazuo Watanabe entende que:

O acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais amplo e abrange não apenas a esfera judicial, como também a extrajudicial. Instituições como Poupa Tempo e Câmaras de Mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla (WATANABE, 2017, p. 24).

Dessa forma, é visível que a ordem jurídica justa possui uma abordagem social nova do acesso à justiça, e que deve ser concretizada com a criação e oferecimento de mais opções alternativas de solução de conflitos para que os cidadãos do mundo hiperconectado e globalizado tenham condições de alcançar a paz.

Daí então, percebe-se que a ordem jurídica justa é diretamente atrelada ao conceito de desenvolvimento sustentável apresentado no item 2 do presente trabalho, isso porque, a referida ordem, se aplicada à realidade mundial com a criação de métodos alternativos de resolução de conflitos, influenciará direta e indiretamente em questões ambientais, sociais e econômicas, com o crescimento da inclusão social e aumento dos mecanismos de acesso à justiça justa, contribuindo, portanto, para a construção de uma sociedade mais pacífica, solidária e sustentável.

Com isso, resta visível que o estímulo à utilização de plataformas de disputas que envolvem negociação virtual, incentivo à mediação por parte dos núcleos de práticas jurídicas e defensorias públicas para com os litigantes, bem como demais formas de implantação de meios alternativos por parte das instituições, são formas eficazes para se iniciar a transição da cultura de sentença para a cultura da pacificação.

## Considerações finais

Ao apresentar o conceito de desenvolvimento sustentável, compreendeu-se que sua relação vai além de questões ambientais. Sendo relevante também a questão social e econômica da humanidade, para que se busque um mundo melhor.

Se evidenciou, ainda, que para dar concretude a essa construção de mundo ideal, a Agenda 2030 da ONU criou diversas metas para que se estabeleçam sociedades mais pacíficas e inclusivas, levando em consideração o desenvolvimento sustentável.

Diante do exposto, permite-se concluir que o acesso à justiça e o desenvolvimento sustentável são temas diretamente interligados, por terem influência imediata com o crescimento social da humanidade no presente e, conseqüentemente, com conquistas expressivas para as sociedades do futuro. Há a necessidade de uma nova cultura resolutiva, responsiva, inclusiva e participativa destacada na resolução extrajudicial de conflitos.

Conclui-se, ainda, que o acesso à justiça através da ordem jurídica justa, com a utilização de métodos alternativos, plataformas virtuais de disputas, atuação eficaz das instituições na promoção de conciliações, se caracteriza como um meio moderno e aplicável de acesso à justiça às sociedades em desenvolvimento.

Inegável que a transformação da cultura do processar pela cultura da pacificação é indispensável para a evolução social e para a sustentabilidade do Poder Judiciário, atualmente sobrecarregado de processos.

Assim sendo, entende-se que a concretização do ODS 16 da Agenda 2020 da ONU, com as soluções acima apresentadas, se torna uma forma viável de alcance à justiça de forma ampla a todos, com foco na desjudicialização e na paz social.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992. **Declaração do Rio**. Disponível em [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao\\_rio\\_ma.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf). Acesso em 28 de junho de 2020.

NOSSO FUTURO COMUM (Relatório de Brundtland). **Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030** (2015). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em 28 de junho de 2020.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Dpj, 2005. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod\\_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf). Acesso em 30 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Modalidade de Mediação. *In: Mediação: um projeto inovador*/José Delgado et al. – Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---Modalidade-de-mediacao---Kazuo-Watanabe.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Depoimento. *In: Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Cadernos FGV Projetos, 2017. Disponível em: [https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGVProjetos\\_30\\_solucaodeconflitos.pdf](https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2017/04/CadernosFGVProjetos_30_solucaodeconflitos.pdf). Acesso em 05 de julho de 2020.

## A FELICIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

**Watilla Santos de Sousa**

*Mestrando no Programa de Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Unyleya; bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB; advogado.*

**Augusto César Leite de Carvalho**

*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; professor de Direito do Trabalho do IESB; professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB) em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).*

109

### Resumo:

A felicidade é algo individual e ao mesmo tempo coletivo, tendo em vista os reflexos que a busca pela felicidade causa. Uma palavra difícil de definir prontamente, pois cada ser humano tem em particular o que o faz feliz. A felicidade e/ou sua busca são estudadas há muitos anos pelas mais diversas áreas do conhecimento, desde a filosofia até a economia, com destaque para a psicologia. Alguns países ao redor do mundo já trataram expressamente da felicidade em seus textos constitucionais, o que não é ainda o caso do Brasil. A despeito de já ter havido duas propostas de emenda à constituição para tratar precisamente sobre a felicidade no texto da constituição federal, o substantivo ainda não faz parte da constituição cidadã de forma explícita. Na seara jurídica, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão serviram como importantes marcos históricos para a felicidade ser tratada de forma principiológica. Em março de 2012 a Organização das Nações Unidas criou o Dia Internacional da Felicidade e alçou o tema à meta universal na vida das pessoas. Nada obstante a CF/88 não tratar da “felicidade” em seu texto, a palavra está inserida de forma implícita. Em políticas públicas e julgados importantes, como o Recurso Extraordinário nº 477554, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a busca pela felicidade como princípio fundamental implícito vinculado à dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Felicidade. Busca pela felicidade. Direitos fundamentais e sociais.

### Abstract

Happiness is something individual and at the same time collective, in view of the reflexes that the search for happiness causes. A difficult word to readily define, as each human being has in particular what makes him happy. Happiness and / or its search have been studied for many years by the most diverse areas of knowledge, from philosophy to economics, with emphasis on psychology. Some countries around the world have already expressly addressed happiness in their constitutional texts, which is not yet the case in Brazil. Despite the fact that there have already been two proposals to amend the constitution to address precisely happiness in the text of the federal constitution, the noun is not yet explicitly part of the

citizen constitution. In the legal field, the Declaration of Independence of the United States, the Declaration of the Rights of the Good People of Virginia and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen served as important historical milestones for happiness to be treated in a principled way. In March 2012, the United Nations created the International Day of Happiness and raised the theme to the universal goal in people's lives. Notwithstanding the fact that CF / 88 does not deal with "happiness" in its text, the word is inserted implicitly. In public policies and judged important, such as Extraordinary Appeal No. 477554, the Supreme Federal Court recognized the search for happiness as an implicit fundamental principle linked to the dignity of the human person.

**Keywords:** happiness. Pursuit of happiness. Fundamental and social rights.

## 1. Introdução

**A** felicidade é algo sui generis e ao mesmo tempo coletivo e que uma fatia bastante considerável do povo quer ter, quiçá a totalidade. A felicidade é estudada por diferentes esferas do conhecimento. Alguns textos serviram como importantes marcos inaugurais para que a felicidade fosse posteriormente constitucionalizada por uns países, como é o caso da Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. No Brasil, malgrado ter havido duas propostas de emenda à constituição para que a palavra "felicidade" constasse na constituição na parte dos direitos fundamentais e sociais, julgamentos importantes entenderam que a "busca pela felicidade" está implicitamente como princípio fundamental na CF.

## 2. Breviário sobre a felicidade

Talvez sejam poucos os objetivos de vida compartilhados por uma grande parcela das pessoas, mas certamente um desses poucos objetivos é a felicidade ou a busca dela. A grande maioria da população quer ser feliz. Definir a palavra felicidade é algo dificultoso, tendo em vista que é algo subjetivo de cada ser humano, mas ao analisarmos o significado da palavra, perceberemos que felicidade está ligada à sensação de contentamento, alegria, satisfação.

Os direitos fundamentais são divididos em gerações ou dimensões, sendo as três primeiras dimensões mais amplamente conhecidas e estudadas mais proficuamente. Ao nos debatermos com o tema da felicidade e buscarmos inseri-la em alguma dimensão dos direitos fundamentais, há doutrinadores que defendem que ela se encaixaria na sexta dimensão dos direitos fundamentais.

Referida gama de doutrinadores defende que tal vertente seria o direito de “buscar à felicidade” o termo mais apropriado. Esse direito de buscar a felicidade seria a necessidade elementar da natureza humana, sendo um bem fundamental do ser humano, bem esse que as pessoas desejam e perseguem, como modo de contentamento da própria dignidade da pessoa humana.

### 3. PEC'S sobre a felicidade

Em 2010 houve uma proposta de emenda à constituição de autoria e iniciativa do senador à época Cristovam Buarque no sentido de alterar o artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 para a inclusão do direito à busca pela felicidade por cada indivíduo e pela sociedade. A explicação foi a de considerar a busca pela felicidade com um direito social e deveria estar expressamente prevista no artigo supracitado. No entanto, a PEC nº19/2010, comumente chamada de PEC da Felicidade encontra-se com a tramitação encerrada, tendo sido arquivada.

Também ocorreu em 2010 uma proposta da deputada à época Manuela D'Ávila para a inclusão do direito à felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e direito inerente à cada indivíduo e à sociedade, seria assim inserida no artigo 3º da CRFB/1988, todavia seguiu o mesmo desfecho da PEC da felicidade, qual seja, arquivamento.

### 4. Felicidade nos campos do conhecimento

A percepção de felicidade é estudada pelas mais diversas áreas, quais sejam, filosofia, ciência política, sociologia, economia, ciências jurídicas e notadamente a psicologia (FREY; STUTZER, 2002).

No campo da filosofia os maiores expoentes sobre a felicidade foram Sócrates, Platão e Aristóteles. Sócrates entendia que a vida feliz seria a vida virtuosa, sendo que “a vida boa é mais feliz e virtuosa”. Para Platão a Felicidade estaria na harmonia. Aristóteles pensava que a felicidade estava na atividade (LEAL, 2017).

Na esfera da psicologia, mais especificamente da psicanálise, tomando Sigmund Freud como o seu maior expoente, sendo esse considerado o pai da psicanálise, o mesmo entendia que a felicidade estaria ligada a obtenção de prazer e ele revelava o seguinte: as pessoas “lutam pela felicidade; querem tornar-se felizes e assim permanecer” (LEAL, 2017).

Na economia, a qual estuda a felicidade há pouco mais de duas décadas, a felicidade é aferida através de *surveys* (pesquisas de opinião), as quais detectam o grau/nível de felicidade das pessoas (FREY; STUTZER, 2002).

Na seara do direito ou ciências jurídicas, faz-se importante fazer um apanhado histórico para entender um pouco mais e aprofundar o estudo sobre a felicidade e os seus reflexos.

## 5. Felicidade e as Declarações de Independência

A Declaração de Independência do Estados Unidos, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e posteriormente a Declaração de Direitos Do Homem e do Cidadão serviram como bases primárias e basilares para que governos e estados fizessem com que a felicidade (aqui tratada tanto individualmente quanto coletivamente) ou a sua busca fosse perseguida socialmente (PORCIÚNCULA, 2020).



A Declaração de Independência dos EUA (1776) tratava da “procura da felicidade” como um direito inalienável dos seres humanos.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), sendo uma das inaugurais a tratar sobre a felicidade, outorgou aos homens o direito de perseguir e obter felicidade, felicidade essa compreendida individualmente:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), culminada após a Revolução Francesa, trata a felicidade no seu preâmbulo como um fator coletivo, quando expressa em seu preâmbulo “felicidade geral”.

Os Estados Unidos, país que adotou o sistema da *common law*, sendo um dos precursores a tratar expressamente sobre a felicidade e/ou sua busca, passou a realizar vários julgamentos que protegiam o direito inalienável da busca pela felicidade. Um dos primeiros casos foi o *Meyer v. Nebraska*, no qual uma lei do estado de Nebraska proibia o uso e até mesmo o uso de língua estrangeira no estado mencionado. Pois bem, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da lei e em uma das partes do acórdão sedimentou o seguinte: “a busca pela felicidade é a diretriz que ajuda a interpretar e limitar o alcance da liberdade” (LEAL, 2017).

Houve inúmeros casos que citaram o direito à busca pela felicidade, podendo citar: *Yick Wo v. Hopkins* (1886), *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Zablocki v. Redhail* (1978) (LEAL, 2017).

Um dos casos mais emblemáticos é o *Loving v. Virginia* (1967). O estado da Virgínia (EUA) desautorizava o casamento entre pessoas de etnias diferentes (à época o termo apropriado era raças). Um casal de etnia diferente se casou em outro estado norte americano e ao retornarem para seu estado, foram submetidos a um longo

processo. O caso chegou à Suprema Corte e lá se entendeu que o estatuto que vedava hipótese de casamento violava a igual proteção e as cláusulas do devido processo. Na decisão, a Corte americana explanou o seguinte: “A liberdade de casar há muito tem sido reconhecida como um dos direitos vitais e pessoais essenciais para o exercício regular da felicidade pelo homem livre”. Essa decisão é reconhecida historicamente no campo dos direitos civis da Suprema Corte dos EUA. (LEAL, 2017).

## 6. Felicidade nas constituições mundo afora e no Brasil

Desde então, a felicidade é um tema importante para os governos do mundo inteiro e cada vez mais vem sendo tratada de maneira significativa, sendo a felicidade vinculada à uma ideia de liberdade civil fundamental. Há um certo tempo a palavra felicidade vem sendo constitucionalizada por alguns países, como as constituições do Japão, Coréia do Sul, Nigéria e Reino do Butão (LEAL, 2017).

No caso do Brasil a felicidade não foi constitucionalizada, contudo ao analisarmos a Constituição Federal conota-se que ao falar de bem-estar e de dignidade da pessoa humana verificamos que há um paralelo, que o legislador implicitamente está abordando a felicidade e/ou a busca pela felicidade.

A CF/1988 ao abordar o princípio da dignidade da pessoa humana visualiza-se que esse está intimamente ligado à questão da felicidade, não há como se ter uma vida digna sem o mínimo existencial possível, o mínimo de felicidade possível. Pode-se dizer que a felicidade decorre do dever do estado de promover o bem de todos, assegurando o direito à liberdade e à igualdade e de garantir o respeito à dignidade de cada um. Deste modo, verifica-se esse elo entre a felicidade e a dignidade de cada indivíduo, sendo a felicidade um direito fundamental implícito (OLIVEIRA, 2020).

No que se refere ao bem-estar, é capaz de se fazer uma análise ampla. O bem-estar estaria correlacionado à um viés econômico, político e social, dado que ao examinar a felicidade significando bem-estar, estamos falando de um bem-estar

coletivo, de uma felicidade para todos. A CFRB/88 possui nove passagens falando sobre o bem-estar. Fazendo um estudo dessas passagens pela CF, averigua-se que o estado democrático de direito no qual vivemos prima pela felicidade da nação, consoante o preâmbulo da constituição, o qual fala da felicidade coletiva (bem-estar):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, CF/88).

## 7. Felicidade e a ONU

Em consonância com o que já fora abordado, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 2012 criou o Dia Internacional da Felicidade. A ONU reconheceu a relevância da felicidade e do bem-estar como metas universais nas vidas das pessoas e a importância de a felicidade ser reconhecida nas políticas públicas.

Desde então, o dia 20 de março de cada ano é celebrado como o Dia Internacional da Felicidade e há o relatório mundial da felicidade, constando o ranking dos países mais felizes do mundo, elaborado pela organização. Os países escandinavos ocupam os primeiros lugares, com destaque para a Finlândia (1º lugar – ranking de 2019). O Brasil, desde o ano de 2015, vem caindo no aludido ranking. O que se percebe é que quanto menos desigualdades o país possui entre seus habitantes, mais as pessoas mostram-se felizes, há um bem-estar maior, uma felicidade individual e coletiva mais evidente.

## 8. Felicidade e a Jurisprudência

Apesar de o direito à felicidade e/ou sua busca não estar expressamente positivado na Constituição Federal, o estado através de políticas públicas e de decisões judiciais, em particular decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante, tem entendimento de que a busca da felicidade é considerado um princípio constitucional implícito derivante da premissa do núcleo da dignidade da pessoa humana. A Corte Constitucional em decisão histórica em 2011 proferiu decisão que reconheceu a união estável homoafetiva e a atribuiu efeitos legais e jurídicos. Na supracitada decisão, o ministro Celso de Mello, relator do julgado, referiu-se à busca pela felicidade como princípio constitucional implícito:

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART.

5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo

sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572)

## Considerações finais

Embora as propostas de emenda à constituição não tenham sido aprovadas e conseqüentemente alterado o texto constitucional, o Estado tem o dever de garantir direitos fundamentais e sociais indispensáveis à vida digna (dignidade da pessoa humana). Cumprindo o seu dever constitucional de garantir o mínimo existencial, o Estado estará assim contribuindo para a felicidade e/ou a sua busca tanto individualmente quanto coletivamente (bem-estar social). Em decisões jurisprudenciais, como o reconhecimento da união estável homoafetiva, a liberação da marcha da maconha e a autorização da doação de sangue por pessoa homoafetiva, assim como as políticas públicas, tomando como exemplo a política de cotas, são

importantes balizadores que garantem e visam garantir o direito fundamental à felicidade de cada ser humano individualmente e coletivamente de cada grupo, comunidade ou família que cada um pertença.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso nº 477554**. Brasília, DF de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 04 de setembro de 2020.

FREY, B. S.; STUTZER, A. **The Economics of Happiness**. Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2002.

LEAL, S. T. **Direito à Felicidade**. São Paulo: Almedina, 2017.

OLIVEIRA, L. A. **A sétima dimensão dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ONU News. **Dia Internacional da Felicidade é Celebrado Neste 20 de Março**. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/03/1615052#:~:text=Esta%20ter%C3%A7a%20Dimens%C3%A3o%20de,ser%20reconhecida%20nas%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas>>. Acesso em: 29 de agosto de 2020.

PORCIÚNCULA, R. A. **Direito fundamental à felicidade: realidade ou ficção jurídica?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/porciuncula-direito-fundamental-felicidade>. Acesso em: 04/09/2020.

## A PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE CRISES ECONÔMICAS E REFORMAS

**Alice Lima Silva Motta**

*Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; graduação em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior(2006); atualmente é Analista de Negócios do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Advogado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*

**Augusto César de Carvalho**

*Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; professor de Direito do Trabalho do IESB; professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB) em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).*

120

### RESUMO

O presente artigo analisa o princípio da progressividade dos direitos sociais através de cenários de crises econômicas que, diante da inaptidão estatal no manejo dos recursos públicos, demandam, por vezes, reformas que interferem na concretização dos direitos sociais, contribuindo para o agravamento da situação de desigualdade social. Nesse sentido, constata-se a superação de um Estado Liberal e o surgimento da preocupação do Estado com o bem-estar social (*welfare state*) como corolário da atuação positiva do Estado (Estado Social). Por consequência, inaugura-se o Constitucionalismo Social, com destaque para o pioneirismo das Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Constituição de Weimar), de 1919, que promoveram a inserção dos direitos sociais nas Cartas Constitucionais. Nesse contexto, esse estudo busca identificar e aferir o grau de efetivação dos direitos fundamentais sociais e a relação entre a “reserva do possível” e a vedação do retrocesso social em face do cenário de crises econômicas.

**Palavras-chave:** Progressividade dos direitos sociais. Crise econômica. Reformas.

### PROGRESSIVITY OF SOCIAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF ECONOMIC CRISES AND REFORMS.

#### ABSTRACT

This article analyzes the principle of progressive social rights through scenarios of economic crises that, given the state's inability to manage public resources, sometimes demand reforms that interfere in the realization of social rights, contributing to the worsening of the situation of social inequality. In this sense, there is the overcoming of a Liberal State and the emergence of the State's concern with social welfare (*welfare state*) as a corollary of the positive performance of the State (Social State). Consequently, Social Constitutionalism (with emphasis on the pioneering spirit of the Constitutions of Mexico, 1917, and Germany (Weimar Constitution), 1919) was inaugurated, which promoted the insertion of social rights in the Constitutional Charters. In this context, this study seeks to identify and assess the degree of effectiveness of fundamental social rights and the relationship between the



“reserve of the possible” and the prohibition of social regression in the face of the scenario of economic crises.

**Keywords: Progressive social rights. Economic crisis. Reforms**

## 1. Introdução

O direito a ter direitos é um princípio básico de todo ser humano e a sua efetividade é medida através do grau de concretude e exigibilidade no seio de uma sociedade.

Superada a era da valorização do individualismo oriundo da revolução industrial e suas diversas evoluções no continente europeu, surge em todo mundo a preocupação coletiva com o bem-estar social.

Nesse contexto, o liberalismo exacerbado e a absoluta exploração da mais valia nas relações de trabalho, características indelévels do mundo pós revolução industrial, dão espaço para uma crescente preocupação estatal em assegurar um mínimo de garantias à coletividade, considerado cada indivíduo em sua dignidade humana, sob pena de um retumbante fracasso da estrutura social.

Os direitos fundamentais sociais, portanto, capitaneados pelas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Constituição de Weimar), de 1919, buscam garantir efetividade dos chamados direitos sociais no próprio texto de suas Cartas Máximas.

Esses direitos de conteúdo predominantemente programáticos, inseridos nos textos constitucionais, passam a exigir do Estado que garanta o pleno exercício dos direitos sociais, progressivamente, até o máximo dos seus recursos disponíveis.

Entretanto, é possível observar que as crises provocadas pelo desequilíbrio da economia, em geral, conduzem a medidas de austeridade econômica, consubstanciadas em reformas que ameaçam a regra da progressividade dos direitos sociais.

Diante desse cenário, este artigo pretende, utilizando-se de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais à luz da progressividade dos direitos sociais, avaliar o impacto das crises econômicas em relação a efetividade desses direitos.

## 2. O constitucionalismo social

Antes de analisarmos a progressividade dos direitos sociais, é imperioso o exame do contexto em que se inserem os direitos fundamentais sociais, notadamente diante do constitucionalismo social.

Ao observarmos os movimentos históricos, é possível identificar que o mundo assistiu a duas grandes revoluções entre os séculos XVIII e XX. Nesse sentido, destaca o professor Paulo Bonavides que “cada revolução daquelas tentou tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista, depois o Estado social das Constituições programáticas.” (BONAVIDES, 2007, p. 29)

Nesse quadro, constata-se que o Estado Liberal era ineficiente diante das demandas das camadas menos favorecidas da sociedade. O ideal de liberdade, cultuado por esse modelo de Estado, não era capaz de suprir as necessidades básicas de uma sociedade, mergulhadas em um mar de desesperança, fome e opressão.

Nesse sentido, destacamos importantes considerações de Flávio Martins:

O antigo liberalismo não poderia resolver os problemas gravíssimos das camadas mais pobres da sociedade. A liberdade, por si só, era um remédio inócuo aos famintos e oprimidos. O Estado deveria abandonar sua postura passiva, eminentemente liberal, e assumir um papel positivo, ativo, a fim de que a igualdade jurídico – formal apregoada nos textos constitucionais fosse, de fato, concretizada. Nesse contexto, nasce o chamado “Constitucionalismo Social”, que tem como iniciais marcos históricos a Constituição do México, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.” (MARTINS, 2020)

Portanto, quando o Estado passa a conferir direitos para todos - tais como do trabalho, da previdência, da educação -, intervém na economia como verdadeiro

distribuidor e atua na sociedade para colocar todas as classes em condições de igualdade substancial, podemos dizer que surge o Estado Social. (BONAVIDES, 2007)

Com o Estado Social, através do Constitucionalismo Social, capitaneado pelas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha (Constituição de Weimar), de 1919, os direitos fundamentais sociais atingem sua maior exigibilidade e concretude com a inserção dos chamados direitos sociais no interior das constituições. Destaca-se contribuição de Flávio Martins:

A primeira Constituição que atribuiu o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais, ao lado das liberdades públicas e dos direitos políticos, foi a “Constituição Política dos Estados Organização Unidos Mexicanos”, de 1917. Nesse período, na Europa, nascia a consciência de que os direitos fundamentais também teriam uma dimensão social (após a grande guerra de 1914-1918, culminando com a Constituição de Weimar, de 1919, as convenções da recém-criada Organização Internacional do Trabalho e a Revolução Russa e a consequente “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, de janeiro de 1918) (MARTINS, 2020)

Nota-se, nesse contexto, um processo evolutivo de inserção de conteúdos predominantemente programáticos no corpo das Cartas Máximas, complementando o constitucionalismo puro nascido com o Estado Liberal de Direito com o acréscimo de normas relativas aos direitos sociais e econômicos.

Passam a ser positivadas, portanto, as normas político-sociais programáticas, criando um dever estatal de prestação social. Ou seja: além do tradicional estatuto político, com definições da organização e estrutura dos poderes, emergem agora princípios e normas sobre a ordenação social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive no processo produtivo (MORAES, 2017).

Esse constitucionalismo social ganha projeção no Brasil por intermédio da Constituição Federal da República de 1988 que, conforme apontado por Mauricio Godinho Delgado, possui três eixos centrais de estruturação:

O conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva (DELGADO, 2018).

Aponta-se que essa preocupação com os direitos sociais já aparece no Preâmbulo da Constituição, que assinala a função do constituinte originário:

Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos... (MARTINS, 2020).

Assim, é seguro afirmar que os direitos fundamentais sociais se mostram indissociáveis do Estado Social de Direito, pois apenas subsistem nos domínios deste. (MARTINS, A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico, 2004)

Dito isso, passamos a analisar os direitos sociais à luz do princípio da progressividade.

### 3. Da progressividade dos direitos sociais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), do qual Portugal e Brasil são signatários, afirma que os Estados devem garantir o pleno exercício dos direitos nele previstos, progressivamente, até o máximo dos seus recursos disponíveis.<sup>92</sup>

Portanto, o Estado tem o compromisso de garantir o exercício progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Dessa premissa, percebe-se

---

<sup>92</sup> ARTIGO 2º - 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS)

que do princípio da progressividade pode ser extraído o da proibição do retrocesso social:

Dessa obrigação estatal de implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, podem extrair-se algumas obrigações concretas. A obrigação mínima assumida pelo Estado a respeito é a obrigação de não regressividade, ou seja, a proibição de adotar políticas e medidas, e por fim, de sancionar normas jurídicas, que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais dos que gozava a população ao momento de adotado o tratado internacional respectivo. (MARTINS, 2020)

Decorrente do ideário iluminista, o não retrocesso social, diretriz para os direitos sociais, é confirmado pela doutrina e pela jurisprudência, mesmo que de forma implícita. Sua noção conceitual como princípio significa, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)” (COUTINHO, 2017).

Diante do exposto, o Estado deve assumir o compromisso de elaborar políticas e medidas com a finalidade de implementar progressivamente os direitos sociais. O Ministro Celso de Mello, em julgado paradigmático, traz relevante conclusão sobre o tema:

*Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.<sup>93</sup> Grifou-se*

<sup>93</sup> ARE nº 727864 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014, DJe-223, 12-11-2014)

Já na Observação Geral 3, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, analisando o retrocesso (ou regressividade) decorrente de uma crise econômica, afirmou que:

Qualquer medida deliberadamente regressiva a respeito requererá a mais cuidadosa consideração e deverá ser justificada plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto de aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que se dispõe. (MARTINS, 2020)

Destacamos, também, por relevante, o caso Lagos del Campo vs. Peru, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 31 de agosto de 2017. Em síntese, Alfredo Lagos del Campo era membro de uma Comunidade Industrial ligada à empresa Ceper-Pirelli e fora despedido por justa causa, após ter denunciado, em entrevista a um periódico peruano, irregularidades cometidas pela empregadora durante o processo eleitoral da Comunidade.

Analisando o feito, o Poder Judiciário peruano considerou justa a despedida e negou o pedido de reintegração formulado por Lagos. A Corte Interamericana reconheceu, no entanto, que o Estado peruano violara os direitos de Lagos del Campo, na medida em que deixara de cumprir com seu dever de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, em especial quanto aos direitos à estabilidade no trabalho e à liberdade de expressão, nos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (PAIXÃO, 2018).

*“Artigo 26. Desenvolvimento progressivo*

*Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos*

Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”<sup>94</sup>Grifou-se

Dessa forma, não restam dúvidas de que a progressividade e, por consequência, a vedação ao retrocesso, devem ser consideradas como direitos subjetivos, que somente admitem exceções quando devidamente justificadas.

Nesse ponto, indaga-se qual o reflexo das crises econômicas e, por conseguinte, as reformas delas decorrentes, face a progressividade dos direitos sociais.

127

#### 4. A progressividade dos direitos sociais diante de crises econômicas

As crises provocadas pelo desequilíbrio da economia, em geral, conduzem a medidas de austeridade social consubstanciadas em reformas que ameaçam a regra da progressividade dos direitos sociais, os quais exigem do Estado medidas prestacionais em constante evolução.

A recessão da economia, na maioria das vezes, conduz a escassez de recursos públicos. Nesse panorama, o Estado exime-se de implementar condições materiais mínimas para as suas populações. Entretanto, é relevante ressaltar, conforme alerta André de Carvalho Ramos, que essa escassez de recursos não pode servir de argumento de escusas do Estado:

No âmbito puramente empírico, observo que AMARTYA SEN, ao analisar casos históricos de fome maciça em um Estado (Etiópia, 1972-1974; Bangladesh, 1974, entre outros), comprovou que o principal problema não fora o da produção insuficiente de alimentos, mas sim o fracasso da elite governamental em distribuir os alimentos existentes. Assim, não houve carência de recursos, mas sim falta de políticas públicas de proteção do direito à alimentação. O mesmo pode ser dito do Brasil. Portanto, o princípio do desenvolvimento progressivo no âmbito de direitos sociais deve ser aplicado com parcimônia e restrições, já que, em países como o nosso, o desenvolvimento é associado com políticas de concentração de renda, o que torna cada vez mais distante (e não mais

<sup>94</sup> Cf. Convenção Americana sobre Direitos Humanos

próximo como seria natural) a concretização dos chamados direitos sociais.

Desse modo, o desenvolvimento progressivo dos chamados direitos sociais e a escassez de recursos não podem mais escusar os Estados de serem responsabilizados pela não implementação de condições materiais mínimas para as suas populações (RAMOS, 2016).

Assim, a violação dos direitos sociais pelo Estado - decorrentes de omissão e fraquezas para executar as políticas públicas garantidoras daqueles direitos – deve, necessariamente, conduzir à sua responsabilização.

Concordamos com Flávio Martins ao afirmar que “deve o Estado utilizar o “máximo dos recursos de que disponha” para garantir a “plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos” (MARTINS, 2020).

Veja-se, no ponto, o que assevera o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Observação Geral n. 4:

Os Estados-Partes devem outorgar a devida prioridade aos grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, concedendo-lhes uma atenção especial. As políticas e a legislação, em consequência, não devem ser destinadas a beneficiar os grupos sociais já avantajados, às expensas dos demais (MARTINS, 2020).

Todavia, como compatibilizar esses princípios com necessárias medidas de austeridade fiscal diante de graves crises econômicas? Nesse aspecto, merecem destaque os argumentos apresentados por Flávio Martins:

De fato, com drástica redução do orçamento, por conta da queda da arrecadação, é impossível manter o mesmo número de políticas públicas, com a mesma intensidade, com a mesma amplitude. Reduzindo-se a arrecadação, como manter o investimento do FIES, PROUNI, Bolsa Família e outros programas que atingiram seu ápice quando da pujança econômica? Como vimos anteriormente, os direitos têm custos e eles são impactados pelo orçamento exequível. Por essa razão, concordamos com Catarina Botelho, segundo a qual a proibição do retrocesso é (e deve ser) um princípio político, mas não pode ser um princípio jurídico-constitucional: “quanto a nós, não julgamos possível retirar da Constituição um princípio geral de proibição de retrocesso social (MARTINS).



É certo que as Reformas promovidas em contextos de crise econômica, invariavelmente, não observam a vedação do retrocesso social, retirando ou reduzindo direitos sociais.

O Estado, muita das vezes camuflando sua inaptidão para gerir os recursos públicos, lança mão da “*reserva do possível*” para deixar de implementar os direitos sociais ou, ainda, mitigar os direitos já existentes através de reformas sociais, como a previdenciária, a trabalhista e a prometida reforma administrativa.<sup>95</sup>

Portanto, ainda que diante de crises econômicas, cumpre ao Estado garantir a execução de políticas destinadas a grupos sociais desfavoráveis e em situação de vulnerabilidade. Objetiva-se, dessa maneira, garantir a efetividade dos direitos sociais e, por consequência, a vedação ao retrocesso social.

Por isso mesmo, filiamo-nos a ideia de Ingo Sarlet para o qual o princípio da proibição de retrocesso social significa “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não).” (*Apud*, COUTINHO, 2017).

## Considerações finais

Enfim, do estudo evolutivo dos direitos fundamentais, foi possível perceber a necessidade de atuação efetiva do Estado para superar os obstáculos oriundos de um liberalismo em que se valorizava o indivíduo, no seu viés patrimonial, em detrimento da camada social-trabalhadora explorada, transformando o cenário social em um ambiente de profunda desigualdade.

Surge o Estado-Social e com ele a esperança de implementação progressiva de melhorias no citado contexto social, com a positivação de direitos

---

<sup>95</sup> Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020 – em tramitação na Câmara dos Deputados

fundamentais sociais, cuja criação desse múnus público, torna esse dever prestacional do Estado exigível como instrumento de vida humana digna.

Nestes termos, considerando que os princípios da progressividade e da proibição do retrocesso estão implicitamente inseridos na Constituição Federal, servindo de limite ao administrador ou ao legislador, não poderá o Estado, ainda que implementando Reformas resultantes de crises econômicas, suprimi-los ou, sequer, restringi-los, alegando a “reserva do possível, salvo quando provida da necessária justificação, sob pena de causar um prejuízo social e tornar inócuo direitos fundamentais.

## Referências

- BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COUTINHO, A. R. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho. **Revista TST**, v. 83, 2017.
- DELGADO, M. G. A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista. . Curitiba: **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, 2018.
- MORAES FILHO, E. de **Trabalho a domicílio e contrato de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1994.
- MARTINS, F. **Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARTINS, P. de. A Proibição do Retrocesso Social como Fenômeno Jurídico. Em E. Garcia. **A Efetividade dos Direitos Sociais** (pp. 379 -424). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 .
- MORAES, A. de **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017
- PAIXÃO, C. **Direitos sociais e sistema interamericano de direitos humanos**. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direitos-sociais-e-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-06072018>.

RAMOS, A. d. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2016 .

SILVA, F. C. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1977.

## TRABALHO DECENTE NA AGENDA 2030 E O PROFISSIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA NO SISTEMA *FITNESS LOW-COST*

**Paulo José Leite Farias**

*Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA); Professor do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB), Faculdade de Direito, Departamento de Graduação e Pós-graduação.*

132

**Alexandre José Nunes Basto**

*Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).*

### RESUMO

O estudo exploratório aborda a garantia do trabalho decente, um dos objetivos da Agenda 2030 - ODS 8, e a necessidade de melhoria das condições de trabalho - redução da sobrecarga laboral - do profissional de educação física no cenário *fitness low-cost*. Assim sendo, traça-se como objetivo: expor a necessidade de normatização a respeito de um limite de alunos por profissional de educação física, no intuito de limitar a sobrecarga laboral, e, possivelmente, maximizar a devida prestação de serviços ao consumidor, ou seja, o equilíbrio entre as partes. Portanto, o artigo expõe metas e objetivos da Agenda 2030 como plataforma de conscientização do avanço da proteção social, percorre a respeito do Plano de Ação Global para a Atividade Física 2018-2030 e sobre o trabalho decente para assim, correlacionar com o contraste da realidade precária com que a atividade do profissional de educação física é exercida no sistema *fitness low-cost*. Por fim, na intenção de buscar a concretude do devido equilíbrio, a pesquisa apresenta normas que congratulam com o trabalho decente, a partir de parâmetros que regulam a inter-relação, limites máximos de consumidores por profissional em diferentes áreas da saúde, e que por consequência acabam por abranger devida prestação de serviços à sociedade.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento Sustentável; Atividade Física; Sedentarismo; Prestadores de Cuidados de Saúde.

**ABSTRACT:** The exploratory study addresses the guarantee of decent work, one of the objectives of Agenda 2030 - SDG 8, and the need for improving working conditions - reducing work overload - for physical education professionals in the low-cost fitness scenario. Therefore, the objective is: to expose the need for standardization regarding a limit on the number of students per physical education professional, in order to limit work overload, and possibly to maximize the provision of services to the consumer, that is, the balance between the parties. Therefore, the article sets out the goals and objectives of the 2030 Agenda as a platform for raising awareness of the advancement of social protection, covering the Global Action Plan for Physical Activity 2018-2030 and about decent work to correlate with the contrast of reality precarious with which the activity of the physical education professional is exercised in the low-cost fitness system. Finally, with the intention of seeking the

concreteness of the proper balance, the research presents norms that congratulate decent work, based on parameters that regulate the interrelationships, maximum limits of consumers per professional in different areas of health, and that for Consequently, they end up covering the provision of services to society.

**Keywords:** Sustainable Development; Motor Activity; Sedentary Behavior; Health Personnel.

## Introdução

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 2016, anunciou 17 objetivos de desenvolvimento sustentável com 169 metas correlacionadas. Em nenhum momento, o planeta, por meio de 170 países, se esforçou para uma ação comum e um esforço integrado de ação local com reflexo mundial. Busca-se, de forma audaciosa, uma cooperação internacional para garantir o desenvolvimento sustentável de todos os países. A resolução da ONU destaca a soberania plena e permanente dos Estados gerirem sua riqueza, seus recursos naturais e sua atividade econômica. (SDG, 2018).

Dentre os objetivos apresentados merece destaque o objetivo 8 que busca garantir um trabalho decente, a saber, segundo a ONU (2015, p.1): “Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos.” Este objetivo permite o crescimento das atividades econômicas de forma sustentável por meio da proteção social do trabalhador.

Exemplificando, a Revolução Industrial, feita pela inserção das máquinas nas fábricas, no século XVII, forneceu uma infraestrutura para o aumento da produção, não obstante foi para os trabalhadores um momento de baixa qualidade de vida. Este período marcou a transição da pequena produção para produção em larga escala, mediante as novas técnicas, o uso das máquinas e da necessidade de proteção social do trabalhador.

Assim, a sociedade começou a se preocupar com a proteção social do trabalhador, então, elaborando metas de redução da jornada de trabalho e da sobrecarga laboral, proibição do trabalho infantil, criação de benefícios previdenciários como o auxílio-doença, dentre outros. Bem mais adiante, surgiu a preocupação com projetos de conservação do meio ambiente, com fundamento de que o desenvolvimento não poderia ser pretexto para uma exploração sem limites dos recursos naturais, acarretando danos irreversíveis ao planeta.

No contexto relativo ao desenvolvimento mundial, a Agenda 2030 tem como meta o crescimento econômico com sustentabilidade social, o que permite o crescimento e desenvolvimento econômico a curto, médio e longo prazo. Assim, haverá simetria entre o crescimento econômico, a proteção social do trabalhador e o desenvolvimento social que tornarão mais robusto e constante os investimentos internacionais no país, bem como a capacidade de resiliência da população para enfrentar as crises econômicas mundiais, cada vez mais frequentes e longas.

No jaez que aflige a sustentabilidade social no mercado *fitness*, ou seja, fatos que afrontam a proteção social do trabalhador, o desenvolvimento social e o equilíbrio do ambiente laboral, cita-se a perspectiva do Conselho Federal de Educação Física (CONFEF), sobre o sistema *fitness low-cost* que,

Está banalizando a importância da intervenção do Profissional de Educação Física, bem como dando a entender à sociedade, equivocadamente, não ser necessária a presença destes Profissionais durante a realização das atividades físicas no interior de uma academia (CONFEF, 2009, p. 23).

Assim sendo, traça-se como objetivo: expor a necessidade de normatização a respeito de um limite de alunos por profissional de educação física, no intuito de limitar a sobrecarga laboral, e, possivelmente, maximizar a devida prestação de serviços ao consumidor, ou seja, o equilíbrio entre as partes.

Portanto, independente das matizes ideológicas, este é um tema que merece extrema atenção no Brasil contemporâneo. Logo, o artigo propõe descrever, com maior atenção, sobre o conhecimento e implementação da Agenda 2030 para com a proteção social do profissional de educação física no ambiente do sistema *fitness low-cost*, para que, assim, ambos possam crescer de forma saudável e perene. Com tal escopo, detalha-se a importância da Agenda 2030 e do crescimento do sistema *fitness low-cost*. Em seguida, explica-se a precariedade do trabalho realizado pelo profissional de educação física no conceito de trabalho decente dado pelas metas do ODS 8, a fim de propiciar a análise a respeito do contraste entre as condições atuais e as principais metas da Agenda 2030 relacionadas diretamente com o direito difuso a um trabalho decente

Por fim, destaca-se a importância da parametrização relativa à quantidade de alunos por profissional de educação física, como exemplo concreto de boa prática de normatividade da matéria, uma ação a ser aplicada via resolução ou lei.

## 1 Agenda 2030: importância e adaptabilidade à realidade brasileira

Segundo a ONU (2015, p. 3), a Agenda 2030 tem um alcance e significado sem precedentes. Conforme destaca o documento denominado Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, o qual antevê um planeta melhor, um ambiente que respeite e atenda às necessidades inerentes a todos seres humanos, de forma justa, digna e igualitária, sem discriminação, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, para que todas as nações cresçam economicamente de forma sustentável e que gere trabalho decente para todos.

É coeso expor que, a Agenda 2030 é municiada de outros instrumentos, decorrências de todas as amplas conferências e cúpulas das Nações Unidas, que serviram como alicerces para o desenvolvimento sustentável, molde e laboração dos objetivos da nova Agenda: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável; Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social; Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, a Plataforma de Ação de Pequim; Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável ("Rio+20"); Quarta Conferência das Nações Unidas sobre os Países de Menor Desenvolvimento Relativo, da Terceira Conferência Internacional sobre Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento; e Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Países em Desenvolvimento Sem Litoral; e da Terceira Conferência Mundial da ONU sobre a Redução do Risco de Desastres. (ONU, 2015, p. 4).

O retrato do mundo contemporâneo destaca a importância deste conjunto de objetivos estabelecidos pela ONU:

14 [...] O desemprego, particularmente entre os jovens, é uma grande preocupação. Ameaças globais à saúde, desastres naturais mais frequentes e intensos, conflitos em ascensão, o extremismo violento, o terrorismo e as crises humanitárias relacionadas e o deslocamento forçado de pessoas ameaçam reverter grande parte do progresso alcançado na área de desenvolvimento nas últimas décadas. [...] (ONU, 2015, p. 4-5).

A necessidade de participação de todos os países foi destacada, considerando as distintas realidades, disposições, condições de desenvolvimento, respeito à autonomia política e primazia de cada nação, observâncias em prol do crescimento econômico amparado, integral e sustentável, em específico para os países em desenvolvimento. (ONU, 2015, p. 6).

Também, foi dado destaque a parceria entre os diferentes setores da sociedade logo no Preâmbulo:

Todos os países e todos os grupos interessados, atuando em parceria colaborativa, implementarão este plano. Estamos decididos a libertar a raça humana da tirania da pobreza e da privação e a sanar e proteger o nosso planeta. Estamos determinados a tomar medidas ousadas e transformadoras que se necessitam urgentemente para pôr o mundo em um caminho sustentável e robusto. Ao embarcarmos nessa jornada coletiva, comprometemo-nos a não deixar ninguém para trás.

[...]

Parceria

Estamos determinados a mobilizar os meios necessários para implementar esta Agenda por meio de uma Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável revitalizada, com base no espírito de solidariedade global fortalecida, com ênfase especial nas necessidades dos mais pobres e mais vulneráveis e com a participação de todos os países, todas os grupos interessados e todas as pessoas. (ONU, 2015, p. 1-2).

Por fim, a Agenda 2030 não é uma caixa preta inflexível que deve ser aplicada de forma homogênea em todos os países. Ela apresenta grande



adaptabilidade para ser como uma luva moldada aos dedos específicos e concretos de cada país “38. Reafirmamos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, a necessidade de respeitar a integridade territorial e a independência política dos Estados.” e no que tange as respectivas precisões:

41. Reconhecemos que cada país tem a responsabilidade primária por seu próprio desenvolvimento econômico e social. A nova Agenda lida com os meios necessários para a implementação dos Objetivos e metas. Reconhecemos que estes incluirão a mobilização de recursos financeiros, assim como o desenvolvimento de capacidades e a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento, incluindo em termos concessionais e preferenciais, conforme acordados mutuamente. [...]. Reconhecemos o papel do setor privado diverso, desde as microempresas e cooperativas até as multinacionais, bem como o papel das organizações da sociedade civil e as organizações filantrópicas na implementação da nova Agenda. (ONU, 2015, p. 10).

Podemos dizer que, a Agenda 2030 almeja e propicia a participação de todas as nações e grupos, também é possível afirmar que, de uma forma holística, há necessidade de diferentes intervenções que visam preservar e melhorar o ambiente e a qualidade da vida humana, isto é, alcançar a simbiose operacional do planeta.

## 2 A importância do sistema *fitness low-cost* e da devida prestação de serviços

A promoção de saúde é a primazia argumentativa que sustenta os serviços ofertados pelas academias de ginásticas, proposta que alimenta o “consumerismo” em prol da melhoria da qualidade de vida e do bem estar. Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde (OMS) assim disserta:

Está provado que a prática regular de atividade física contribui para a prevenção e tratamento das doenças crônicas não transmissíveis tais como doença cardíaca, acidente vascular cerebral, diabetes, cancro da

mama e cancro do cólon. Também ajuda a prevenir a hipertensão, excesso de peso e obesidade e contribui para a saúde mental, melhoria da qualidade de vida e bem-estar (OMS, 2018, p.1).

A OMS (2018, p.3), por meio do Plano de Ação Global para a Atividade Física 2018-2030, busca, através da abordagem sistêmica e integrada, impetrar ações políticas efetivas e viáveis para aumentar a prática de atividade física em todo globo, tal plano estabelece quatro objetivos: “i) criar sociedades ativas; ii) criar ambientes ativos; iii) criar pessoas ativas; e iv) criar sistemas ativos, também recomenda 20 intervenções políticas possíveis de aplicabilidade a todos os países.” o objetivo principal consiste em reduzir em 15% da inatividade física, sedentarismo, global até 2030.

138

## 2.1 Academias, entes promotores de saúde

É de conhecimento popular que, academias atuam na promoção de saúde, porém, poucos sabem que, segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, tais entes estão cadastradas na seção “R”, atividades de artes, cultura, esporte e recreação, enquadradas sob o código 9313-1/00, ou seja, não se enquadram na seção “Q”, que tange sobre a saúde humana e serviços sociais. (IBGE, 2019).

Entretanto, as notas explicativas de tal atividade econômica elencam

- as atividades de condicionamento físico (*fitness*), tais como: ginástica, musculação, yoga, pilates, alongamento corporal, anti-ginástica, etc., realizadas em academias, *centros de saúde física* e outros locais especializados (Grifo nosso) (IBGE, 2019, p. 1).

Sendo assim, as academias possuem, como atividade fim, serviços em condicionamento físico e, mesmo não enquadradas na seção relativa à saúde humana, ainda são responsáveis pela *saúde física* de seus consumidores.

## 2.2 O sistema *low-cost* e o *fitness*

Para desvelar o contexto relativo ao *fitness low-cost*, de antemão, é imprescindível explanar sobre o *low-cost*. Segundo Tréguer (2014), atividades empresariais seguidoras do sistema *low-cost* dispensam frivolidades, portanto, se atém ao que é essencial para o consumidor, a atividade fim. Para Amir e Weiss (2019), Freddie Laker, pioneiro do segmento *low-cost* no transporte aéreo e autor do termo “*no frills*”, conceitua que tal segmento foca no objeto fim e dispensa tudo aquilo que possa ser considerado “frescura”.

Segundo Ito (2019), pode-se dizer que o *fitness low-cost*<sup>96</sup> chegou ao Brasil em 2009, através da rede de academias *Smart Fit*, um padrão norte americano que busca popularizar o acesso da prática de atividade física em um ambiente com elevado padrão estrutural, aparelhos de alta qualidade, por um valor acessível. (Smart Fit, 2018).

Assim sendo, em uma primeira análise, pode-se deduzir que o acesso democrático à promoção de saúde, via academias *low-cost*, é uma importante ação socioeconômica para a prevenção e tratamento diversas doenças crônicas não transmissíveis. Porém, tal nicho empresarial oferta não só o preço popular, mas também um reduzido número de profissionais à disposição de seus clientes, conforme revelado por Filardi *et al* (2019, p. 331), “Essas academias oferecem um número restrito de atividades, *preços baixos*, equipamentos de boa qualidade e em

---

<sup>96</sup> Academias que ofertam serviços a partir de uma pequena quantidade de profissionais de educação física à disposição do aluno/cliente, o que gera a ampla discussão sobre a minimização da importância do devido atendimento, situação que toca os riscos à saúde do consumidor, tal modelo, inspirado no mercado norte americano, cobra mensalidades com preços populares, entre R\$ 60,00 a R\$ 100,00, conforme a matéria publicada na revista UOL-TRIP em 2019.

grande quantidade, facilitando a adesão pela internet, *reduzido número de funcionários* e oferecendo ambiente e arquitetura moderna.” (Grifo nosso).

Tal fórmula começa a ser desvelada a partir da reflexão econômica aludida por Rocha (1992), o qual esclarece que o setor terciário, relacionado à prestação de serviços, possui grandes custos com remuneração, chegando a 70% das despesas. Nesse viés, Muñoz e García (2006, p. 97-98) afirmam que a redução de custos pode significar cerca de 60% das despesas convencionais, os autores também expõem que “La eficiencia en costes se consigue en la medida en que la compañía ofrece de forma desnuda un servicio esencial, sin elementos supérfluos...”.

Portanto, o *fitness low-cost* opera de forma enxuta, já que pequena quantidade de profissionais promove a redução dos custos com folha de pagamento, assim, propicia o preço baixo ao consumidor, por consequência, eleva o número de clientes, importante democratização do serviço, um sistema de correlação inversamente proporcional.

Entretanto, o *fitness low-cost* se alicerça de forma contrária a real proposta do modelo *low-cost*, o qual defende a devida importância e preservação do que é essencial e dispensa daquilo que é supérfluo.

Deste modo, o *fitness low-cost* subjuga o essencial, pois minimiza a importância dos serviços do trabalhador, profissional de educação física, e por consequência a ausência da devida prestação de serviços ao consumidor, ou seja, transfigura a prestação de serviços como supérflua, no intuito de justificar o lucro acima de tudo.

Diante dessa crítica, é coeso analisar-se tal modelo empresarial sob a perspectiva da Carta Magna. O legislador constituinte originário de 1988, no artigo nº 170, trata da ordem econômica com a precisada atenção ao meio ambiente do trabalho e limitou as atividades econômicas à proteção do consumidor e do trabalhador, com o intuito de assegurar o desenvolvimento sustentável, isto é, o compromisso com as futuras gerações:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Brasil, 1998, p. 110).

Ribeiro (2008, p. 174) confirma a necessária limitação da economia à proteção ambiental:

A economia preocupa-se com a lei da oferta e da procura com a busca de novos mercados. No meio ambiente o comportamento humano muitas vezes pode gerar um impacto ambiental provocado pelo desenvolvimento de determinada atividade econômica, se não forem observados os cuidados com a proteção ambiental.

O desenvolvimento econômico e a proteção ambiental trabalhista, tem sido tema de diversas discussões, devido ao aumento cada vez maior da flexibilidade das regras de contratação. Tanto que, a Agenda 2030, em busca de harmonizar a discussão sobre os dois objetivos, estabeleceu a necessidade de assegurar o crescimento econômico com o trabalho decente. (ONU, 2015).

Por outro lado, de forma convergente, Sachs defende a interligação entre sustentabilidade e proteção social para evitar os abusos da revolução industrial do século XVIII:

São seis aspectos que servem para nortear o desenvolvimento sustentável: 1) a satisfação das necessidades básicas; 2) a solidariedade com as gerações futuras; 3) a participação da população envolvida; 4) a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente em geral; 5) a elaboração de um sistema social garantindo emprego, segurança social e respeito a outras culturas, e 6) programas de educação (SACHS, 1984, p. 17).

Conforme dito na introdução, a apropriação dos recursos naturais no processo produtivo, sem a devida compensação ecológica e ambiental, resulta em falhas de mercado denominadas externalidades negativas, fenômeno estudado pelas ciências econômicas que constitui em uma das causas da problemática ambiental, abordada na teoria econômica de Pigou (1962). Sobre as externalidades e seus efeitos colaterais positivos, o Banco Mundial destaca no seu conceito de Infraestrutura que a boa infraestrutura contribui como uma externalidade positiva para os setores da economia ligados a competitividade do país no comércio interno e internacional.

Neste aspecto, lembra Sachs (1984, p. 38), “O desenvolvimento sustentável exige três situações: crescimento econômico, qualidade de vida e justiça social para sua adequação. O desenvolvimento sustentável deveria basear-se no tripé: prudência ecológica, eficiência econômica e justiça social.”

Sachs (1984) almeja que o crescimento econômico ao contrário de uma externalidade negativa, torne-se por meio da logística sustentável um instrumento positivo para a proteção social e ambiental.

O crescimento econômico, isoladamente considerado, permite o aumento da capacidade produtiva da economia, com ou sem infraestrutura mínima. Entretanto, o crescimento só pode ser prolongado no tempo (sustentável) se houver uma logística planejada para curto, médio e longo prazo. Assim, as tecnologias devem ser geridas e aprimoradas a fim de proporcionar uma nova era de crescimento econômico sustentável.

Gudynas já explica a dimensão protetiva do consumo sustentável que segundo a Agenda 2030 também deve ser incorporada na noção de desenvolvimento sustentável, o autor afirma que:

O princípio do desenvolvimento sustentável em sua essência tende a evitar a produção de bens supérfluos e agressivos ao ecossistema, buscando persuadir os consumidores a excluir de sua lista de

necessidades bens que sejam nocivos ao meio ambiente, por exemplo: produtos à base de Cloro-Fluor-Carbono que atacam as camadas mais elevadas da atmosfera colaborando com o desequilíbrio do meio ambiente (GUDYNAS, 1992, p. 68-69).

A Agenda 2030 explica que o ideal é buscar alternativas e formas de logísticas que não sejam degradadoras do meio ambiente, que não sejam impactantes, e, se o forem, devem ser buscadas fórmulas a fim de neutralizar os efeitos nocivos para que o crescimento econômico continue, proporcionando as duas outras situações acima mencionadas: sadia qualidade de vida ecológica e justiça social. E qualidade de vida e justiça social só se consegue com a garantia do direito a cidades sustentáveis, outro objetivo destacado pela Agenda 2030.

143

### **3 A agenda 2030, o direito ao trabalho decente e a precariedade do trabalho realizado pelo profissional**

De acordo com a OMS (2018, p. 20), “A atividade física tem muitos benefícios de saúde, sociais e econômicos, e pode contribuir para alcançar os objetivos para o desenvolvimento sustentável (ODS) de 2030”. Dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS da Agenda 2030, focar-se-á no objetivo 8, qual seja: “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos.” (ONU, 2015, p. 3).

Portanto, a partir da combinação do Plano de Ação Global para a atividade física 2018-2030 da OMS com o ODS 8 da Agenda 2030, pode-se impetrar as seguintes contribuições: “aumento da produtividade, crescimento econômico e das competências para a vida, criação de empregos e redução dos custos com a saúde”. (OMS, 2018, p.3).

Todavia, a ambição do modelo *fitness low-cost*, que deveria prestar atividades físicas devidamente orientadas por profissionais de educação física, no

intuito de efetivar o combate da inatividade social, acaba por conflitar não só com o Plano de Ação Global para a atividade física 2018-2030, mas também com o ODS 8.

Assim, abre-se a questão, como um ente que possui tal *modus operandi*, que minimiza a importância do trabalhador e precariza a prestação de serviços em prol da promoção da saúde física, pode contribuir para o emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos?

Ante a questão levantada, é necessário apontar um possível remédio que venha garantir o desenvolvimento sustentável, a partir da congratulação do Plano de Ação Global para a atividade física 2018-2030, do ODS 8 da Agenda 2030 e do equilíbrio entre as partes. Um unguento, ação tópica externa, a ser aplicado nessa enfermidade e que projetará maior saúde social e econômica sob a perspectiva sustentável.

#### 4 Exemplo de normatividade que garante o trabalho decente no *fitness low-cost*

O capítulo busca sugerir a devida ação em busca de remediar o problema exposto, de forma a prover a devida promoção de saúde e o trabalho decente nas entidades *fitness low-cost*, em busca da efetivação dos direitos do consumidor e do trabalhador.

De acordo com Medauar (2018, p. 87), “para isso, é imprescindível expor a autarquia corporativa da Educação Física, detentora do poder de ‘polícia da profissão’”. O Conselho Federal de Educação Física/Conselhos Regionais de Educação Física, sistema CONFEF/CREFs, possuem importância sócio econômica e são responsáveis pelas funções “fiscalização, orientação e disciplinamento legal, técnico e ético do exercício profissional; defesa da sociedade; habilitação para o desempenho profissional.” (TCU, 2014, p. 12). Tal entidade regula o exercício dos profissionais e os entes jurídicos que prestam serviços em atividades físicas, desportivas e similares, conforme consta no § 2º do art. 1º do Estatuto do CONFEF.

No intuito de apresentar referências que contemplem o trabalho decente, ou melhor, que elevem a importância da devida prestação de serviços ao consumidor e que



dificulte a sobrecarga laboral, a partir de parâmetros que regulam a inter-relação, pois tratam de limites máximos de alunos por profissional, cita-se:

- Projeto de Lei 597/2007, estabelece limites de até 25 alunos por professor, nos 5 primeiros anos do ensino fundamental; e de até 35 nos 4 anos finais do ensino fundamental e médio. (BRASIL, 2007).
- Resolução 026/2003, Conselho Regional de Educação Física RJ/ES, “Dispõe sobre Normas de Segurança para sessões, aulas, treinamento, atividades aquáticas e similares”, apresenta limites máximos de alunos por profissional de educação física em diferentes níveis das atividades aquáticas. (CREF1RJ/ES, 2003).
- Resolução 106/2019, Conselho Regional de Educação Física RJ/ES, defini o número máximo de clientes/alunos por profissional de educação física em diversas áreas de intervenção. (CREF1RJ/ES, 2019).

Nesse tear, é possível aludir intervenções em outras profissões:

- Resolução n.º 387/2011, Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, que “Fixa e estabelece os parâmetros assistenciais fisioterapêuticos nas diversas modalidades prestadas pelo fisioterapeuta e dá outras providências”, a fim de “orientar os profissionais, gestores, coordenadores, supervisores das instituições de saúde no planejamento, programação e priorização das ações de saúde a serem desenvolvidas”. (COFFITO, 2011).
- Resolução n.º 01/2005, Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco, institui parâmetros de limites máximos em diferentes intervenções médicas; (CREMEPE, 2005).
- Parecer n.º 36/2010, Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, recomenda a classe médica o número de 04 consultas eletivas

por hora. (CRM-PB, 2010).

- Resolução nº 2.271/2020, Conselho Federal de Medicina, define regras para as Unidades de Terapia Intensiva - UTI e Unidades de Cuidado Intensivo - CTI. A resolução também estabelece o número mínimo de médicos “É obrigatório, no mínimo, 1 (um) médico para cada 10 (dez) leitos ou fração, nos turnos matutino e vespertino. Na UCI é obrigatório, no mínimo, 1 (um) médico diarista para cada 15 (quinze) leitos ou fração.” (CFM, 2020).

Destarte, fica claro que as normas dispostas são exemplos de parametrizações que tocam o equilíbrio entre as partes, profissional e consumidor, no intuito de não sobrecarregar o profissional, a fim de prover melhoria da qualidade dos serviços prestados à sociedade.

### Considerações finais

O cenário *fitness low-cost* revela grande importância para com a democratização dos serviços relacionados à promoção de saúde, porém, seu *modus operandi* imprime clara necessidade de intervenção externa. Uma ação normativa em nível federal, a princípio, de responsabilidade do sistema CONFEF/CREFs, que venha parametrizar limites decentes ao devido exercício profissional e que aluda o máximo limite de alunos por profissional de educação física, sendo oportuno e necessário expandir o raio dessa norma às diversas intervenções profissionais com o objetivo de limitar a sobrecarga laboral, e, possivelmente, maximizar a devida prestação do devido exercício profissional ao consumidor.

Assim, tal feito contribuirá com a otimização do Plano de Ação Global para a atividade física 2018-2030, da OMS, que busca mais pessoas ativas para um mundo mais saudável e que contará com o apoio de um maior número de trabalhadores capacitados e decentemente empregados em prol da redução da inatividade, sedentarismo; sendo assim, profissionais com condições de monitorar o progresso e

o impacto social, sustentando a devida abordagem integrada e sistêmica, prevista pela própria OMS.

Do mesmo modo, tal ação contemplará, de certa forma, com o objetivo 8 da Agenda 2030 - “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos” e suas respectivas metas, assim como os demais objetivos da Agenda 2030, dentre eles, destaque o objetivo 3. “Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.”

Por fim, há de se crer que a normatização ascenderá a dignidade e importância da devida atuação do profissional de educação física em prol da saúde e do equilíbrio entre as dimensões econômica, ambiental e social; as quais alicerçam o desenvolvimento sustentável.

## Referências

ACADEMIA SMART FIT. **Conceito**. Disponível em:

<<https://www.smartfit.com.br/conceito>>. Acesso em: 16 out. 2018.

AMIR R. A; WEISS S. I. **Aerospace industry**. Londres: Encyclopædia Britannica, inc. Nov 08, 2019. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Freddie-Laker>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 597/2007**. Altera o art. 25 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346373>>. Acesso em: 21 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 1º out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - CONFEF. **Alerta risco à saúde**. Proposta de uma rede de academias coloca em risco a saúde dos usuários. Rio de Janeiro: CONFEF, 2009. Disponível em:

<[http://www.confef.org.br/extra/revistaef/arquivos/2009/N34\\_DEZEMBRO/11\\_ALE RTA\\_RISCO\\_A\\_SAUDE.PDF](http://www.confef.org.br/extra/revistaef/arquivos/2009/N34_DEZEMBRO/11_ALE RTA_RISCO_A_SAUDE.PDF)>. Acesso em: 16 out. 2018.

**Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.8, n.8, jan./jul., 2020.**

\_\_\_\_\_. **Estatuto do Conselho Federal de Educação Física**. Rio de Janeiro: CONFEF, 2010. Disponível em: <<http://www.confef.org.br/confef/conteudo/471>>. Acesso em: 16 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RJ/ES. **Resolução nº 23 de 02 de junho de 2003**. Dispõe sobre normas de segurança para sessões, aulas, treinamento, atividades aquáticas e similares Rio de Janeiro: CREF1RJ/ES, 2003. Disponível em: <<https://cref1.org.br/media/uploads/2017/06/026.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

\_\_\_\_\_. RJ/ES. **Resolução nº 106/2019**. Dispõe sobre o número máximo de clientes/alunos nos diferentes serviços prestados por profissionais de educação física e estabelece outras normas de segurança. Rio de Janeiro: CREF1RJ/ES, 2019. Disponível em: <<https://cref1.org.br/media/uploads/2019/05/2019.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. **Resolução nº 387/2011**. Fixa e estabelece os parâmetros assistenciais fisioterapêuticos nas diversas modalidades prestadas pelo fisioterapeuta e dá outras providências. Brasília: COFFITO, 2011. Disponível em: <<https://www.coffito.gov.br/nsite/?p=315>>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.271/2020**. Define as unidades de terapia intensiva e unidades de cuidado intermediário conforme sua complexidade e nível de cuidado, determinando a responsabilidade técnica médica, as responsabilidades éticas, habilitações e atribuições da equipe médica necessária para seu adequado funcionamento. Brasília: CFM, 2020. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=28671:2020-04-23-12-02-25&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28671:2020-04-23-12-02-25&catid=3)>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Resolução nº 01/2005**. Recife: CREMEPE, 2005. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/crmpe/resolucoes/2005/1\\_2005.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/crmpe/resolucoes/2005/1_2005.htm)>. Acesso em: 15 out. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA PARAÍBA. **Parecer n.º 36/2010**. CRM-PB, 2010. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2010/36\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMPB/pareceres/2010/36_2010.htm)>. Acesso em: 15 out. 2019.

FILARDI, F. *et al.* **Análise dos resultados da implantação da estratégia low cost low fare no mercado fitness na percepção dos clientes e professores: a experiência da academia smart fit**. *PODIUM Sport, Leisure and Tourism Review*, São Paulo, v.8, n.3, p. 326-343, set./dez 2019. Disponível em:

<[https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=podium&page=article&op=view&path\[\]=10449](https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=podium&page=article&op=view&path[]=10449)>. Acesso em: 07 fev. 2020.

GUDYNAS, Eduardo. **Ética, ambiente e ecologia: uma crise entrelaçada**. Revista Eclesiástica Brasileira. Petrópolis: Vozes, n.º 52, fasc. 205, mar., 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS - IBGE. **Comissão Nacional de Classificação – CONCLA**. Busca *on line* da classificação nacional de atividades empresariais. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=classe&tipo=cnae&versao=10&classe=93131>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

ITO, Carol. **O fenômeno das academias *low-cost* botou muita gente pra suar**. O povo comemora, os professores de educação física se preocupam e a *Trip* investiga como não se quebrar nem no banco nem na esteira. São Paulo: UOL-TRIP, 2019. Disponível em: <<https://revistatrip.uol.com.br/trip/o-fenomeno-das-academias-low-cost-a-trip-investiga-como-nao-se-quebrar-nem-no-banco-nem-na-esteira>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum; 2018.

MUÑOZ, J. J. R.; GARCÍA, F. J. C. **Consideraciones y perspectivas de la estrategia de bajo coste**: Aplicación al sector hotelero. Espanha: Estudios Turísticos, n.º 171, 2006, pp. 93-104. Disponível em: <<http://estadisticas.tourspain.es/img-iet/Revistas/RET-171-2007-pag93-104-98513.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Momento de ação global para as pessoas e o planeta. 2015**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/>>. Acesso em: 24 set 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. UNIC Rio; 2015. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030-completo-site.pdf)> Acesso em: 29 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Plano de ação global para a atividade física 2018-2030 mais pessoas ativas para um mundo mais saudável**. Genebra: OMS; 2018. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272721/WHO-NMH-PND-18.5-por.pdf>>. Acesso em: 26 mar 2020.

PIGOU, Arthur Cecil. **The economics of welfare**. London: Macmillan, 1962

ROCHA, Wellington. Custo de mão-de-obra e encargos sociais. **Cad. estud.** [online]. 1992, n.6, pp.01-26, p.01. ISSN 1413-9251. <https://doi.org/10.1590/S1413-92511992000300003>. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-92511992000300003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-92511992000300003&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 14 fev. 2020.

SACHS, Ignacy. **The strategies of Ecodevelopment.** Ceres. FAO Review of Agric. Develop., 17, 1984

SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS. **What are the sustainable development goals?** Disponível em: <<http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html>> Acesso em: 12 dez. 2018.

TRÉGUER, Jean Paul. **La révolution du low cost.** Paris: Dunot, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Orientações para os Conselhos de Fiscalização das Atividades Profissionais.** Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/Orienta%C3%A7%C3%A3o%20para%20os%20Conselhos%20de%20Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20das%20Atividades%20Profissionais.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2018.

**SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLÊNCIA E ESTADO: UMA ABORDAGEM INTER-RELACIONAL**

**PUBLIC SECURITY, VIOLENCE AND THE STATE: A REFLECTION ON THEIR RELATIONSHIPS**

**Antônio Marcos Melo Guedes**

*Mestre em Direitos Sociais pelo Centro Universitário IESB, Especialista em Direito Administrativo Disciplinar pela UnB, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário ICESP e Corregedor-Geral Substituto do INCRA*

**Any Ávila Assunção**

*Doutora e mestra em sociologia jurídica pela Universidade de Brasília (UnB); coordenadora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB); advogada.*

151

**RESUMO**

O presente trabalho visa analisar as relações havidas entre Estado, Violência e Segurança Pública, entendida a segunda como fenômeno social inerente à vida social. A violência pode ainda servir como instrumento de regulação social, por meio do qual se tornam cogentes as normas estabelecidas pelas instituições democráticas legitimamente constituídas para tal fim. A partir de tal perspectiva o presente trabalho realiza uma análise da violência, entendida esta como o principal campo de atuação das polícias, responsáveis pelas medidas de prevenção e repressão a sua ocorrência. Deste modo, é de substancial importância a compreensão de sua origem, de seus aspectos e dos impactos que produz na sociedade. A principal base teórica dessa análise são principalmente os autores Yves Michaud, Norbert Elias, Michel Wieviorka, José Vicente Tavares dos Santos e Boaventura de Sousa Santos. Nessa análise, se apresenta uma perspectiva das relações entre essa manifestação social, a violência, e o Estado, tanto do aspecto das responsabilidades deste último em relação ao combate àquela, quanto das formas do uso legítimo da primeira pelo segundo. O eixo teórico desse capítulo tem base principalmente em Max Weber, Loïc Wacquant e David Garland.

**Palavras-chave:** Violência. Segurança Pública. Estado.

**ABSTRACT**

The present work aims to analyze the relations between State, Violence and Public Security, understood the second as a social phenomenon inherent to social life. Violence can also serve as an instrument of social regulation, through which the rules established by democratic institutions legitimately constituted for this purpose become cogent. From this perspective, the present work conducts an analysis of violence, understood as the main field of action of the police, responsible for the prevention and repression of its occurrence. Thus, it is of substantial importance to understand its origin, its aspects and the impacts it has on society. The main theoretical basis of this analysis is mainly the authors Yves Michaud, Norbert Elias, Michel Wieviorka, José Vicente Tavares dos Santos and Boaventura de Sousa Santos. In this analysis, a perspective of the relations between

this social manifestation, violence, and the State is presented, both in terms of the latter's responsibilities in relation to combating the latter, and in the forms of legitimate use of the former by the latter. The theoretical axis of this chapter is based mainly on Max Weber, Loïc Wacquant and David Garland.

**Keywords:** Violence. Public security. State.

## Introdução

152

Segurança Pública é um conceito do qual todos, em geral, imaginam saber o seu significado, mas que, ao buscar defini-lo, não é incomum surgirem dificuldades analíticas à compreensão de todas as suas dimensões e desdobramentos. Diferentes posições políticas e institucionais interagem para que a segurança pública não esteja circunscrita em torno de uma única definição conceitual e esteja imersa em um campo em disputa. “Trata-se menos de um conceito teórico e mais de um campo empírico e organizacional que estrutura instituições e relações sociais em torno da forma como o Estado administra ordem e conflitos sociais”. (COSTA e LIMA, 2014, p. 482)

Após o advento do Estado Liberal, que surge como consequência da eclosão dos novos valores burgueses havida no curso do movimento que resultou na Revolução Francesa, um forte foco no indivíduo, pois somente nessa dimensão o homem se realiza, diferentemente do homem político clássico (ROUSSEAU, 1999, p. 77). Conforme destaca Paulo José Leite Farias, no contexto dos séculos XVII e XVIII, em que a nova classe burguesa buscava a sua afirmação, esse lema da liberdade foi associado à questão dos direitos civis e políticos (FARIAS, 2005, p. 165).

A partir dessa nova realidade em que a liberdade é um bem essencial, surge a necessidade de o Estado regular as relações sociais, a fim de garantir proteção a seus cidadãos, tanto externa quanto internamente, constituindo-se assim a segurança pública como direito fundamental, que, na atual ordem constitucional, encontra-se previsto no art. 6º da *Lex Magna*, como direito social.



De outro lado, tendo como referência a tradição predominante até a primeira metade do século XX, Michel Wieviorka (2009, p. 7 e 147) identificou um novo paradigma da violência na contemporaneidade, constituído por um conjunto de transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que se expressam empiricamente na emergência de novas formas de contestação e na crise das instituições encarregadas da aplicação da justiça.

As relações entre Estado, violência e segurança pública é o objeto de reflexão do presente trabalho.

## Desenvolvimento

Ao se tratar da questão da segurança pública, deve-se partir da análise de seu núcleo, o conceito de segurança, o qual, segundo os léxicos, significa o estado de coisas em que se está livre de perigos, incertezas, assegurado de danos e riscos eventuais (HOUAISS, VILLAR e FRANCO, 2003, p. 1722) (LAROUSSE, 2006, p. 2374) (FERREIRA, 2010, p. 689). Nesse sentido, o que o esforço pela segurança busca é se abrigar de toda forma de violência, entendida esta, pelos mesmos léxicos, como qualquer força material ou moral empregada contra a vontade ou liberdade de uma pessoa (HOUAISS, VILLAR e FRANCO, 2003, p. 1948) (FERREIRA, 2010, p. 784) (LAROUSSE, 2006, p. 2718).

Ainda no campo da lexicologia, segundo o Houaiss (2003, p. 1722), a palavra segurança tem origem no verbete latino *secūrus, a, um* (tranquilo, seguro, que não teme), o qual, por sua vez, origina-se da expressão *se cura*, sendo *se* a forma latina arcaica de *sine*, que significa “sem”, e *cura*, verbete latino que significa inquietação, aflição, cuidado. Ou seja, é o estado em que não se teme nada, em que se sente tranquilo, seguro.

Nesse viés, para se tratar da questão da segurança pública, faz-se necessária uma abordagem quanto à da violência, posto que há segurança quando não há risco de qualquer tipo de violência.

Segundo Yves Michaud (1989, p. 9), o termo violência pode assumir variadas conotações, tendo origem etimológica no latim *violentia*, que tem o significado de violência, caráter violento ou bravio, força. O verbo correspondente *violare* significa tratar com violência, profanar, transgredir. Esses termos guardam relação mais íntima com *vis*, que significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer sua força e, portanto, a potência, o valor, a força vital.

Contudo, o autor destaca que a ideia que essa palavra expressa, com o passar dos séculos, tem sofrido uma clivagem que hodiernamente lhe confere o sentido de dano à norma, segundo o Direito moderno. Assim, arremata o autor:

Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais (MICHAUD, 1989, p. 11).

O entendimento quanto à fenomenologia da violência pode ser formado a partir do conceito de microfísica do poder apresentado por Michel Foucault (2013a, p. 281), qual seja, o de uma rede de poderes que permeia as relações sociais, marcando as interações entre os grupos e as classes.

Os enigmas da violência adquiriram outros contornos e dimensões espaço-temporais, como uma das novas questões sociais mundiais. Compreende-se a microfísica da violência como um dispositivo de poder-saber, uma prática disciplinar e regulatória que produz um dano social e que se instaura com uma racionalidade específica, desde a prescrição de estigmas até a exclusão, efetiva ou simbólica. A violência seria a relação social, caracterizada pelo uso real ou virtual da força ou coerção que impede o reconhecimento do outro – pessoa, classe, gênero ou raça – provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática (SANTOS, 2009, p. 16).

A construção de uma abordagem sociológica sobre a conflitualidade parte de dois problemas sociais, quais sejam, o crime e a violência, que têm sido

reconstruídos sociologicamente, por meio de várias formulações, na chamada sociologia do conflito, desde a sociologia clássica até a contemporânea (COLLINS, 2009, p. 102-106). O conceito de campo social proposto por Garland, incorporando os conceitos de disciplina, de Michel Foucault, e de campo social, de Pierre Bourdieu, permitiu analisar a genealogia dos elementos discursivos e não discursivos do campo do controle social (GARLAND, 2001, p. 35).

Segundo David Garland (2001, p. 78), a ideia de campo social (um domínio diferenciado da prática social) é retirada do trabalho de Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 2009, p. 27). Nas palavras do autor:

O melhor resumo da concepção de Bourdieu é fornecido por Loic Wacquant: “nas sociedades avançadas, as pessoas não enfrentam um espaço social indiferenciado. As várias esferas da vida, arte, ciência, religião, economia, política etc. tendem a formar microcosmos distintos, dotados de suas próprias regras, regularidades e formas de autoridade - o que Bourdieu chama de campos. Um campo é, em primeira instância, um espaço estruturado de posições, um *campo de força* que impõe suas determinações específicas a todos que entram nele. Assim, quem quer ter sucesso como cientista não tem escolha a não ser adquirir o “capital científico” mínimo necessário e respeitar os costumes e regulamentos impostos pelo meio científico da época e do lugar”, Loic Wacquant, Pierre Bourdieu in: Rob Stones (ed), *Key Sociological Thinkers* (Nova York: New York University Press, 1998), 215 a 221. (GARLAND, 2001, p. 79 - tradução livre)

Consoante aponta José Vicente Tavares dos Santos (2009, p. 18), as questões sociais tornam-se, por consequência, questões mundiais e complexas, pois várias são as dimensões do social que passaram a ser socialmente questionadas, tais como a questão da fragmentação social, a da relação do homem com a natureza, a ecológica, a da descoberta do inconsciente como elemento da processo civilizatório, a do multiculturalismo e do transculturalismo, a da educação, da Ciência e da universidade, a das transformações do mundo do trabalho urbano e agrário, a da multiplicidade das formas de violência presentes nas sociedades contemporâneas, a do processo de dilaceramento da cidadania.

Destaca este último autor que hodiernamente surgem vários problemas sociais, como a precarização do trabalho, a crise agrária, migração, seleção e exclusão social, desfiliação, desigualdade social, ausência de respeito ao outro.

Desenha-se, assim, um espaço social complexo, constituído por estruturas, posições e trajetórias de agentes. O Estado cede lugar à sociedade, pois está sendo assediado tanto no nível macro por formas supra-estatais, como as várias organizações da ONU e os vários acordos de integração regional, como também no micro, pelo exercício de diferentes redes de poder entre agentes sociais.

Nesse cenário, ocorrem mudanças nas instituições (família, escola, processos de socialização, fábricas, religiões) e no sistema de justiça criminal (polícia, tribunais, asilos, judiciário, prisões), pois estão passando por um processo de crise e de desinstitucionalização. A crise familiar cristaliza essas mudanças nos laços sociais, uma vez que as funções sociais dessa unidade social marcada pelas relações de parentesco, como a de garantir a reprodução, a de realizar a socialização dos filhos, a de garantir a multiplicação do Capital Econômico e da Propriedade dos grupos e a garantia da transmissão e reprodução do Capital Cultural estão atualmente ameaçados. Por um lado, devido à grande diversidade de tipos de família: nuclear, extensa, a de progenitor único, a por agregação. Por outro lado, os tipos de relações de sociabilidade que nela ocorrem são variadas: originalmente marcadas por afeto e solidariedade, as relações agora reaparecem como amplamente conflitantes, como demonstrado pelos fenômenos de violência doméstica. As funções da socialização agora são compartilhadas pela escola e pela mídia. Identifica-se uma desorganização do grupo familiar, com as funções de reprodução econômica ameaçadas pela crise do emprego e pelos efeitos da crise do Estado de bem-estar social.

Ocorre uma pluralidade de diferentes tipos de normas sociais, algo mais que o próprio pluralismo jurídico, levando à simultaneidade de padrões de conduta muitas vezes divergentes e incompatíveis (SANTOS, 2002); por exemplo, a violência se tornando uma linguagem e uma norma social para algumas categorias sociais, em

oposição às chamadas normas civilizadas, ou seja, um controle social institucionalizado e internalizado nos agentes sociais por meio de mecanismos de autocontrole e de sublimação (ELIAS, 1994, p. 189)

Como salienta José Vicente Tavares dos Santos (2009, p. 22), houve uma profunda mutação na sociedade contemporânea, nos últimos trinta anos, que pode ser definida como o processo de formação da sociedade globalizada, a era do globalismo. Nesta etapa, novos dilemas e problemas sociais emergem no horizonte planetário, configurando novas questões sociais globais. Tais questões sociais se manifestam, de maneira articulada e análoga, com diferentes especificidades, em diferentes sociedades. Paradoxalmente, o internacionalismo baseia-se em problemas sociais, como violência, discriminação por gênero, vários racismos, exclusão social e pobreza, problemas do meio ambiente e a questão da fome.

Conforme o destaca Pedro Hespanha:

E não só as velhas desigualdades baseadas nas diferenças de classes e de estatuto social em termos de rendimento, capital educacional ou prestígio não desapareceram como emergiram (ou tornaram-se mais visíveis) novas desigualdades baseadas em outros factores de distinção como o sexo, a etnia, a religião ou os modos de vida. (HESPANHA, 1999, p. 70).

A nova morfologia social produzida pelo processo de formação da sociedade mundial tem múltiplas dimensões.

As formas de organização dos grupos sociais se multiplicaram, além dos interesses sócio-profissionais, através das infinitas possibilidades de associações em torno de diferentes interesses e objetivos. As coletividades desencadeiam diferentes modalidades de formas de representação e mediação política, tanto abaixo como além das partes, como organizações não-governamentais, reconhecidas pelos governos e organizações internacionais como mediadores legítimos entre os cidadãos e o Estado; ou movimentos sociais guiados pela retomada da historicidade. Vários processos de formação e consolidação do tecido social são desencadeados por grupos que organizam conflituosamente seus interesses particulares e são

articulados em contratos poliformes de sociabilidade, o que não evita o desgaste do tecido social. (SANTOS, 2009, p. 24)

As questões sociais, desde o século XIX, centradas no trabalho, tornaram-se complexas e globais, uma vez que existem várias dimensões do social que passam a ser questionadas socialmente, entre elas a questão dos laços sociais. Restaura-se uma preocupação presente nos primeiros sociólogos, sobre se o projeto sociológico nasceu de uma preocupação com a capacidade de integração nas sociedades modernas e como estabelecer e restaurar os laços sociais nas sociedades fundadas na soberania do indivíduo. Os processos de integração social são cada vez mais ameaçados por processos de fragmentação social. Em outras palavras, estamos enfrentando processos de massificação paralelos a processos de individualismo exacerbado e solidão narcísica. (CASTEL, 2000, p. 26)

Os novos processos culturais adquirem uma centralidade única na sociedade da informação (CASTELLS, 2019, p. 556): como enfrentar a questão do multiculturalismo, considerando a relação entre o Eu e o Outro, ou seja, o lugar da alteridade cultural na sociedade no processo de globalização?

Entre as novas questões sociais, os fenômenos da violência assumem outras formas, começando a se espalhar por toda a sociedade. A compreensão da fenomenologia da violência pode ser percebida a partir da noção de microfísica de poder de Foucault, isto é, de uma rede de poderes que permeia as relações sociais, marcando as interseções entre grupos, categorias e classes sociais.

A racionalidade é o que programa e orienta o conjunto da conduta humana. Há uma lógica tanto nas instituições quanto na conduta dos indivíduos e nas relações políticas. Há uma racionalidade mesmo nas formas as mais violentas. O mais perigoso, na violência, é sua racionalidade. É claro que a violência é, nela mesma, terrível. Mas a violência encontra sua ancoragem mais profunda e extrai sua permanência da forma de racionalidade que utilizamos. Pretendeu-se que, se vivêssemos em um mundo de razão, poderíamos nos livrar da Violência. Isso é inteiramente falso. Entre a violência e a racionalidade não há incompatibilidade (FOUCAULT, 2006, p. 319).

Na condição de efeito dos processos de fragmentação social e exclusão econômica e social, as práticas de violência emergem como uma norma social específica de amplos grupos da sociedade, presentes em múltiplas dimensões da violência social e política contemporânea. A interação social começa a ser marcada por estilos violentos de sociabilidade, revertendo as expectativas do processo civilizador descrito por Norbert Elias (ELIAS, 1994) (ELIAS, 1993).

Conforme destaca Michel Wieviorka:

Se definirmos e desejarmos a modernidade como um estágio progressivo da história da humanidade ou como um avanço por parte da razão e um recuo por parte de tradições e obscurantismo, duas concepções principais de violência se encaixam quase naturalmente. A primeira concede grande legitimidade e espera que desempenhe, se necessário, um papel revolucionário. Como Frederick Engels coloca (1976 [1878]: 235-6)<sup>97</sup>, nas palavras de Marx, “é a parteira de toda sociedade antiga que está grávida de uma nova ... o instrumento por meio do qual todo movimento social abre caminho e destrói as formas políticas fossilizadas dos mortos”. De acordo com a segunda, a violência inevitavelmente diminuirá à medida que a razão vier à tona. Essa última concepção inspirou amplas abordagens sócio-históricas, como no grande estudo (1994 [1939])<sup>98</sup>, no qual Norbert Elias reconstruiu o processo civilizacional que permitiu aos europeus internalizar, controlar e, portanto, reduzir sua violência a partir do Renascimento. Também forneceu o tema para estudos mais empíricos e menos ambiciosos, como o estudo estatístico de longo prazo de Jean-Claude Chesnais (1981)<sup>99</sup>, que demonstrou que o número de atos de violência simplesmente caiu. [Tradução livre] (WIEVIORKA, 2009, p. 1)

Porém, como adverte o autor, tanto a história do século XX - a história de guerras, genocídios e outros assassinatos em massa - quanto as mudanças sociais que, por exemplo, viram um aumento quase sistemático nas estatísticas de delinquência nas sociedades ocidentais desde o final da Segunda Guerra Mundial, sugerem que se deve ter cuidado com as imagens de um declínio geral da violência no mundo contemporâneo. Essa sugestão é consistente com a visão mais macro. A

<sup>97</sup> Referência a ENGELS, Frederick. **Anti-Duhring**: Herr Eugen Duhring's Revolution in Science. Peking: Foreign Languages Press, 1976 [1878]. pp. 235-236.

<sup>98</sup> Referência a ELIAS, Norbert. **The Civilizing Process**: The History of Manners and State Formation and Civilization (trans. Edmund Jephcott). Oxford: Blackwell, 1994 [1939].

<sup>99</sup> Referência a CHESNAIS, Jean-Claude. **Histoire de la Violence**. Paris: Robert Laffont, 1981.

exaustão do movimento operário e sua “grande narrativa”, o retorno de Deus e a ascensão da etnia, nos levam a abandonar os modos evolucionistas de enxergar a história. Não se pode mais ver a modernidade contemporânea como a marcha cada vez mais triunfante de povos e nações, à medida que avançam automaticamente em direção a um maior progresso econômico e político. Citando Göle<sup>100</sup>, Eisenstadt e Schluchter<sup>101</sup>, Wieviorka (2009, p. 1) aponta que alguns pensadores chegam a considerar que não se está mais na modernidade, mas na pós-modernidade, enquanto outros preferem defender a ideia de “múltiplas modernidades” e rejeitar a ideia de que todas as sociedades estão se movendo na mesma direção e a visão de que existe uma “melhor maneira” de avançar. A grande maioria dos que tentam refletir sobre a modernidade ou a pós-modernidade contemporânea tem uma coisa em comum, qual seja, uma ideia que Alain Touraine (2012, p. 78) formulou definitivamente mais claramente do que qualquer outro. Na sua opinião, a característica dos tempos modernos certamente não é o progresso da razão, mas a dissociação que separa a razão das identidades e paixões culturais, incluindo identidades e paixões religiosas.

Dessa perspectiva, não há nenhuma razão particular para que haja um declínio na violência. Pelo contrário, a violência pode aparecer e se espalhar em inúmeros espaços. Pode ser incentivada tanto pela razão, que a transforma em um instrumento a ser usado por atores para os quais é um recurso ou um meio para atingir um fim, quanto por identidades e religião, porque é parte integrante de suas demandas e aspirações, que às vezes podem ser ilimitadas. Com o passar dos dias, pode tornar-se difícil articular os registros dicotômicos que constituem a modernidade, não importa se vamos descrevê-los como corpo e alma, razão e paixões, ação e estado, instrumentalidade e identidades, ou o universal e o particular.

<sup>100</sup> Cf. Referência a GÖLE, Nilófer. Snapshots of Islamic Modernities. *Daedalus*. vol. 129, n. 1, pp. 91-116. Winter 2000.

<sup>101</sup> Cf. EISENSTADT, Schmucl; SCHLUCHTER, Wolfgang. Paths to Early Modernities: A Comparative View. *Daedalus*. vol. 127, n. 3. pp. 4-7. Summer 1998.



A diferença entre esses registros também pode levar ao aumento da violência (WIEVIORKA, 2009, p. 2).

Quanto mais se olha para a modernidade contemporânea, ou pós-modernidade, se se prefere colocar dessa maneira, em risco de cisão ou dissociação, o maior risco é o das diversas abordagens da violência. Portanto, deve-se considerar, por um lado, sua objetividade, incluindo sua objetividade empírica, sua fatualidade (possivelmente em termos quantitativos - o número de pessoas mortas em guerras ou ataques terroristas, as estatísticas de delinquência, crime etc.) e por outro lado, deve-se reconhecer como a subjetividade influencia, como é vivenciada, vivida, observada, representada, desejada ou sofrida pelos indivíduos, grupos e sociedades. Não há como evitar a necessidade de adotar essa dupla perspectiva, o que torna notavelmente difícil definir a violência.

A palavra “violência” é de fato aplicada a inúmeros fenômenos e usada para descrever todos os tipos de eventos e comportamentos, tanto individuais quanto coletivos: delinquência, crime, revolução, assassinato em massa, distúrbios, guerras, motins, terrorismo, assédio e assim em diante. Seu espectro de aplicação pode ser estendido quase até o infinito, dependendo de incluirmos ou não suas dimensões morais, e não simplesmente físicas, e dependendo de seguirmos ou não Pierre Bourdieu (2009, p. 10), introduzindo a noção de violência simbólica - a violência usada, nesta perspectiva, por um sistema dominante como um Estado ou atores que são tão poderosos quanto para evitar que o dominado possa desenvolver categorias que lhe permitam compreender a sua própria condição de subordinação.

Assim, diante desse cenário em que a violência é elemento intrínseco do convívio social, bem assim diante do fato de que o Estado monopolizou a força de reação a qualquer forma de violência, é imprescindível que se compreenda essa relação entre Estado e violência.

Tendo como referência a tradição predominante até a primeira metade do século XX, Michel Wieviorka (2009, p. 7 e 147) identificou um novo paradigma da

violência na contemporaneidade, constituído por um conjunto de transformações sociais, políticas, econômicas e culturais que se expressam empiricamente na emergência de novas formas de contestação e na crise das instituições encarregadas da aplicação da justiça.

Conforme destacam Sérgio Adorno e Camila Dias (2014, p. 187), são exemplos dessas novas formas guerras étnicas, civis, o interminável conflito entre Israel e o mundo árabe, o número dos *serials killers* nos Estados Unidos, além de graves violações de direitos humanos em sociedades onde os direitos fundamentais não foram universalizados. Em muitos países, dentre os quais o Brasil, ocorreu uma rápida difusão do crime urbano, principalmente em sua forma organizada em torno de atividades tais como narcotráfico e o comércio de armas. O inimigo deixou de ser uma ou outra nação e não assume mais a forma de um exército oficial, mas de militantes investidos de uma mesma missão. Situa-se, portanto, além do pacto social moderno, além da vida jurídica e do poder estatal.

Nesse cenário, Wieviorka (2009, p. 42) destaca que o Estado se revela cada vez mais incapaz de controlar a economia nacional e de conter a violência no interior dos limites da legalidade do Estado de Direito. Os fluxos econômicos e comerciais, a circulação humana e das informações alcançam uma escala planetária e suas formas ilegais permitem falar de uma mundialização do crime organizado. O Estado se vê constrangido a tolerar atividades informais e/ou ilegais.

O autor se refere às sociedades ocidentais capitalistas que compõem o que ele chama de mundo desenvolvido. Não se refere, pois, àquelas sociedades que ainda não concluíram o processo de modernização econômica e política, bem como a consolidação da democracia social, como é o caso da sociedade brasileira. Assim, considerando o argumento de Wieviorka, como se deve situar o monopólio estatal da violência no seio da sociedade, que no curso de sua história social e política sob a influência da civilização ocidental, jamais conseguiu atingi-lo de maneira efetiva?

A sociedade moderna e os estados democráticos floresceram na transição do feudalismo para o capitalismo, observado na Europa ocidental entre os séculos XV e XVI. No curso desse processo, transformações substantivas foram operadas na economia, na sociedade, na cultura e no Estado.

Na História do pensamento ocidental moderno, o conceito de violência está ligado ao pressuposto antropológico de uma autonomia absoluta do indivíduo e, nesse sentido, envolve tudo o que pode constrangê-lo. Nessa perspectiva, não é possível distinguir poder, correção e violência, assim como não é possível distinguir poder legítimo de ilegítimo, justo de injusto. É preciso uma elaboração intelectual complexa, a fim de equacionar essa ambivalência. (ADORNO e DIAS, 2014, p. 188)

Na tradução kantiana, o Estado é, por excelência, a unificação de uma multiplicidade de homens sob a lei jurídica. O Estado é uma empresa de dominação de uns sobre os outros por meio do recurso à violência ou da ameaça de seu emprego. Entretanto, trata-se de uma violência legítima porque autorizada pelo Direito. Aqui, é possível diferenciar a força, na qualidade de coação do Estado, do puro e simples recurso à violência para impor a vontade de um sobre os outros (KANT, 2010, p. 15) (KANT, 2002, p. 47).

A sociologia política de Weber (1996, p. 43-44) perfila esse entendimento. O Estado consiste numa relação de dominação do homem sobre o homem que tem como meio a violência legítima. O conceito weberiano de Estado implica três componentes essenciais, quais sejam, o território, o monopólio legítimo da violência e a dominação (WEBER, 1996, p. 1056). No interior de um território delimitado, o Estado moderno é a comunidade política que retira dos particulares o direito de recorrer à violência como forma de resolução de seus conflitos. No seio da sociedade moderna, conseqüentemente, não há qualquer outro grupo ou indivíduo portador de direito de recorrer à violência como forma de resolução de seus conflitos interpessoais ou no nível das relações entre os cidadãos e o Estado.

Nessa perspectiva, é preciso considerar que, conquanto Weber se refira a um monopólio legítimo da violência, não significa que qualquer violência utilizada em nome do Estado seja justificável. Se fosse o caso, não seria possível diferenciar o Estado de Direito do poder estatal fundado no uso abusivo e arbitrário da força. A violência tolerada não pode ultrapassar os limites postos pelos fundamentos que regem a dominação na sociedade moderna.

Nessa sociedade, a violência considerada legítima é justamente aquela em que os fins – assegurar a soberania de um Estado-Nação ou a unidade ameaçada de uma sociedade – repousam sobre a lei e os estatutos legais. Conseqüentemente, legitimidade se identifica com legalidade. De igual modo, o monopólio estatal da violência não significa o exercício exclusivo da violência, mas o monopólio para aplicá-la ou prescrevê-la e, em consequência, para interditar o seu uso privado ou abusivo da parte de quem é autorizado a utilizá-la. Assim, encontra-se no pensamento weberiano uma forte identificação entre as noções de poder, dominação e controle da violência e é aqui que residem o nascimento e a funcionalidade moderna da polícia, dos tribunais penais e das prisões. Tais agências consistem em meios legítimos de administração do controle social, da aplicação das leis penais e da imposição da ordem.

No Brasil, a sociedade também experimentou os processos de modernização típicos do mundo ocidental. Já no final do século XIX, o desenvolvimento econômico e social da região sudeste produziu sinais de transformações decisivas, como a abolição da escravidão, a industrialização, a urbanização, a transição para uma forma republicana de governo, a instauração de um pacto constitucional consagrando de maneira formal os direitos civis políticos. Inspiradas nos processos democráticos em curso em diversas sociedades do mundo ocidental capitalista, essas mudanças, contudo, não foram absorvidas nas práticas políticas e muito menos pela sociedade.

As garantias constitucionais e os direitos civis políticos permaneceram restritos à esfera das elites proprietárias. Desde a formação da sociedade nacional

independente, foi se consolidando uma espécie de “cidadania regulada” – esta consoante o conceito<sup>102</sup> proposto por Wanderley Guilherme dos Santos (1979, p. 75) –, que excluía do direito de participação e de representação política a maior parte da população brasileira, violentamente reprimida cada vez que tentou se rebelar, sem jamais lhe ter assegurado direitos fundamentais. A violência, tanto como meio de repressão como de reação, faz parte da história social e política desses indivíduos.

Dessa forma, um dos maiores desafios ao controle democrático da violência e, conseqüentemente, à instauração de um Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira reside no monopólio legítimo da violência física. Esse desafio se apresenta sob uma dupla forma: de um lado, o controle efetivo da violência endêmica no seio da sociedade civil; de outro, um controle efetivo das forças repressivas do Estado.

### Considerações finais

A violência é questão indiscutivelmente grave no Brasil, a qual, além de gerar insegurança no seio da sociedade, ainda diminui a força econômica desta, ao atingir principalmente os jovens no auge de sua capacidade produtiva (SALGADO, 2018).

As preocupações referentes ao crescimento da violência e da insegurança no Brasil podem ser consideradas sob dois prismas. De um lado, pode-se ver nelas o início de uma dissensão social profunda e perigosa com relação à justiça, à ordem, à repressão. De outro, pode-se nelas discernir a tomada de consciência gradual da

---

<sup>102</sup> Segundo Wanderley Santos, o período da República Velha se caracteriza por um *laissez-faire* repressivo que vai ser substituído pela cidadania regulada dos pós 30, característica de um longo período da história republicana no Brasil. A cidadania regulada é apresentada pelo autor no texto como um conceito "cujas raízes encontram-se não em código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido como norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em leis. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por expansão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. (SANTOS, 1979, p. 75)

necessidade de elaboração de novas normas diante de uma criminalidade e de uma delinquência que também mudam.

O surgimento da violência, sua tematização em um conceito próprio, é indissociável do movimento pelo qual as sociedades industriais viram desaparecer os quadros e os valores tradicionais da comunidade política em nome da racionalidade técnica e científica. Os valores reconhecidos e as categorias estabelecidas restaram fragmentados. As consequências dessa descoberta foram e continuam ambíguas. Em uma ponta, o surgimento da violência, o fato de que a violência efetiva se torna manifesta, contribuiu para a banalização da ação violenta, no sentido apresentado por Hannah Arendt (1999, p. 136-137), que se viu admitida entre os fenômenos sociais normais. Incontestavelmente, o que se chama, em termos weberianos (WEBER, 1982, p. 401), o desencantamento da violência ou sua racionalização contribuiu para a generalização de um olhar cínico sobre as ações e para uma desdobrada circulação da violência. Ela deixa de ser um flagelo que devia ser excluído e torna-se um espaço comum da vida social.

Nesse contexto, é importante essa análise realizada das relações entre violência e Estado, seja como fenômeno a ser combatido, seja como instrumento de regulação social, o da violência legítima. Neste último, insere-se a polícia como Aparelho Ideológico Repressor do Estado (ALTHUSSER, 1985, p. 43). Assim, fica claro que a polícia, na sociedade atual, desenvolve um papel de importância crucial para o Estado como instituição política, o da promoção da segurança pública, regulando as relações entre seus indivíduos e garantindo a observância de suas leis, na manutenção da ordem interna.

## Referência

ADORNO, S.; DIAS, C. Monopólio estatal da violência. In: LIMA, R. S. D.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. **Crime, Política e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. Cap. 17, p. 187-197. ISBN 978+85-7244-744-7.

**Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.8, n.8, jan./jul., 2020.**

ALTHUSSER, L. **Ideologia e aparelhos Ideológicos do Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. 128 p. ISBN 85-703-8073-9.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. 322 p.

CASTEL, R. A escolha do social. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, n. 3, p. 18-35, jan-jun 2000. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/6977/4303>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 2019. 630 p. ISBN 978-85-7753-036-6.

COLLINS, R. **Quatro tradições sociológicas**. Tradução de Raquel Weiss. Petropolis: Vozes, 2009. 386 p.

COSTA, A. T. M.; LIMA, R. S. D. Segurança Pública. In: LIMA, S. D.; RATTON, L.; AZEVEDO, R. G. D. **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. Cap. 48, p. 482-490.

ELIAS, N. **O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, v. 2, 1993. 308 p.

ELIAS, N. **O processo civilizador: uma história dos costumes**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, v. 1, 1994. 272 p.

FARIAS, P. J. L. **Água: bem jurídico ou ecológico**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 532 p.

FERREIRA, A. B. D. H. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. 960 p.

FOUCAULT, M. **Ditos e escritos: estratégia, poder-saber**. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. IV, 2006. 396 p. \_\_\_\_\_ . **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013a. 432 p..

GARLAND, D. **The culture of control: crime and social order in contemporary society**. New York: Oxford Press, 2001. 354 p.

HESPANHA, P. Novas desigualdades, novas solidariedades e reforma do Estado. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 54, p. 69-78, jun. 1999. Disponível em:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10858/1/Novas%20desigualdades%2c%20novas%20solidariedades%20e%20reforma%20do%20Estado.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. D. S.; FRANCO, F. M. D. M. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. 1986 p..

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Leopoldo Holsbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. 140 p.

KANT, I. **À paz perpétua**. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010. 96 p.

LAROUSSE. **Dicionário Enciclopédico Ilustrado**. São Paulo: Abril, v. 21, 2006. 2830 p..

MICHAUD, Y. **A Violência**. Tradução de L. Garcia. São Paulo: Ática, 1989. 116 p.

ROUSSEAU, J.-J. **Do contrato social**: Coleção Os Pensadores. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, v. 1, 1999. 336 p.

SALGADO, D. Atlas da Violência 2018: Brasil tem taxa de homicídio 30 vezes maior do que Europa. **O Globo**, Rio de Janeiro, 5 jun. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/atlas-da-violencia-2018-brasil-tem-taxa-de-homicidio-30-vezes-maior-do-que-europa-22747176>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

SANTOS, B. D. S. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, v. 1, 2002.

SANTOS, J. V. T. **Violência e Conflitualidades**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009. 172 p.

SANTOS, W. G. D. **Cidadania e Justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1979. 137 p.

TOURAINÉ, A. **Crítica da modernidade**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. 432 p.

WEBER, M. **Economia y Sociedad**: Esbozo de sociologia comprensiva. Tradução de José Medina Echavarría. 2. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 1246 p.

WIEVIORKA, M. **Violence**: a new approach. Tradução de David Macey. London: SAGE Publications, 2009. 184 p.



