Pereira: Razões para considerar o artigo 486/CLT nos julgamentos

Parece haver razões, adiante examinadas, para os juízes do Trabalho considerarem, nos seus julgamentos, a regra do artigo 486/CLT. Ela conecta incondicionalmente fato e consequências: *"No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável"*. O direito do trabalhador à indenização *prevalece* se o estabelecimento fechar por ordem de autoridade. O empregador fica isento do pagamento e a autoridade que determinou o fechamento a

— *Razão constitucional*. A MP 927/2020 não se converteu em lei. Caducou em 19 de julho e, se não sobrevier decreto legislativo, disciplinará as relações nela baseadas. O artigo 1º, parágrafo único, *in fine*, deixa um legado histórico de tentativa de interferência do legislador extraordinário (o Poder Executivo) na função jurisdicional ao determinar que a pandemia seja considerada, para fins trabalhistas, como *"hipótese de força maior, nos termos do disposto no artigo 501 da Consolidação das Leis do Trabalho"*. Sutil, mas eficaz, a disposição inconstitucional está na base de uma postura difundida amplamente, na jurisdição trabalhista, de rejeição da aplicação do artigo 486 da CLT (*factum principis).*

Analisar o fato e, consideradas as perístases da situação (Klaus Gunther [1]) e a lei vigente, entregar a norma do caso concreto é prerrogativa do juiz. A lição de Hans Kelsen [2] até hoje é aplicada nos Estados democrático-constitucionais de Direito.

Força maior é a expressão gênero, usada na CLT, para referir três espécies distintas: força maior estrita, caso fortuito e o *factum principis*. Para Belmonte, *"os artigos 501 a 504 da CLT versam sobre as duas primeiras hipóteses. A terceira recebe regramento diferenciado, a teor do artigo 486 da CLT"* [3]. Tais dispositivos estão em vigor e compete ao juiz optar pela aplicação de um deles para resolver eventual litígio. O legislador poderia ter revogado o artigo 486 e não o fez. A tentativa de fazer o juiz não considerar norma geral vigente é inconstitucional.

O *juiz boca da lei* nasceu com os imperadores romanos, quis ressurgir das pranchetas dos exegetas, durante o Estado moderno, mas estava sepultado com a derradeira pá de cal posta por Hebert Hart [4] e sua teoria da textura aberta, 80 anos atrás. Séculos de prática jurídica evidenciaram: 1) a impossibilidade

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de previsão das contingências do mundo; 2) as limitações da linguagem para exprimir tudo o que se deseja; 3) a mutação permanente da realidade; e 4) a crença de que sem contextualização não se aplica imparcialmente a lei.

Uma coisa é, genérica e abstratamente, descrever um fato e ligar a ele uma conseqüência, elaborando horizontes de sentido (Niklas Luhmann [5]) a serem considerados no ato de julgar. Outra é o que tentou fazer a MP: impor a desconsideração de norma geral em vigor.

— *Razão jurídico-hermenêutica.* O artigo 486 é incondicionado e assenta claramente, desde 1943, que se o estabelecimento for fechado por determinação do poder público, este se subsume na obrigação de indenizar os empregados pelo fim dos contratos de trabalho. A lei não pede investigação das causas do ato de império. Só não se aplica a regra se o atingido tornou necessário o ato do Estado. Afinal, ninguém se pode beneficiar da própria torpeza (princípio geral do Direito).

— *Razão sistêmica 1*. Nas modernas sociedades democráticas, o procedimento judicial é um sistema funcional diferenciado para, com operações próprias (fechamento operativo e máxima autonomia — Niklas Luhmann [6]), entregar a norma do caso concreto.

A diferenciação exige que os papeis sejam respeitados estritamente. O legislador não pode interferir internamente no sistema de aplicação da lei. Decisão estatal construída sem o devido processo legal é ilegítima e não pode ser imposta. Isso é sistêmico-organizacional e a hipótese de força maior ocorrida, dentre as três possíveis, deve ser fixada pelo juiz, fundamentadamente, numa sentença. Juiz não faz na sentença mera transcrição de ordem recebida de outro poder. Isso deslegitimaria o todo e destruiria a segurança jurídica.

— *Razão sistêmica 2*. O Direito do Trabalho é protetivo. Esse é o axioma básico do subsistema jurídico do Trabalho nas democracias reais. A gradação do nível de proteção varia conforme o regime jurídico objetivamente adotado. Mas não se imagina um sistema de Direito do Trabalho deduzido de outro axioma.

Essa ótica, calcada no desbalanceamento empírico das relações, migrou do mundo do trabalho e revolucionou a organização de subsistemas jurídicos como o do consumidor e o da previdência social. Manobras para interferir na operação do sistema trabalhista e violar a diretriz sistêmico-teleológica, reduzindo a proteção ao trabalhador fixada na lei deveria ser rejeitada.

Eximir o Estado, *ab initio*, das obrigações direta, objetiva e incondicionalmente estabelecidas no artigo 486/CLT enfraquece as garantias protetivas sistêmicas e deixa o empregado sem cobertura nos casos em que o empregador, impactado pelo infortúnio da pandemia, não puder adimplir obrigações de indenizar.

— *Razão sistêmica 3*. O enfoque sistêmico geral do Direito também é claramente violado quando o juiz é forçado a desviar o olhar de norma vigente relacionada expressamente ao fato em consideração. O vetusto adágio exprime essa diretriz sistêmica-operativa do Direito: *da mihi factum, dabo tibi jus*. A subsunção do fato à regra não é, portanto, um papel reivindicado agora pelo Direito, muito menos pelo Direito do Trabalho ou por seus juízes. Trata-se da base funcionalmente estabelecida, nos sistemas jurídicos democráticos, que sintetiza a prerrogativa dos juízes. Não há ideologia nisso. Há ciência organizativa e sistêmica para lidar com a complexidade crescente das sociedades atuais. O quadro

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pandêmico parece exigir a radicalização dela e não seu afrouxamento.

Bem se vê, a MP tenta condicionar a *mens julgatoris* para eximir o Estado da obrigação de indenizar os trabalhadores cujos contratos foram abruptamente rompidos por atos de autoridade.

— *Razão lógico-jurídica 1.* Se o motivo (razão, causa) do ato de fechamento dos estabelecimentos tivesse força para exonerar o Estado de responsabilidades, deveria ter também para exonerar o empregador. Não há razão lógica — e nem jurídica — para ser diferente.

O legislador, no artigo 486/CLT, afirma textualmente o contrário: continua a existir o direito do empregado à indenização (*prevalecerá*, diz ele) e o Estado assume a responsabilidade pelo pagamento, *eximindo-se* o empregador. Tudo sem qualquer condicionante.

Contra a aplicação do artigo 486/CLT, argumenta-se com um discurso interessante: diante dos "atos de Deus", diz-se, não há como responsabilizar o Estado. E o empregador, há? Alguns respondem a essa pergunta com o princípio "dos riscos do negócio". Cabem várias considerações a respeito.

A teoria da responsabilidade objetiva é aplicada genérica e incondicionalmente ao Estado e só excepcionalmente ao privado. O Estado sempre responde pelos seus atos, tenha ou não agido com a intenção de provocar o dano. No mundo privado, a regra se inverte e só excepcionalmente não se perquire sobre a culpa.

Além disso, a dispensa do empregado, decorrente do fechamento imposto pelo Estado, não se enquadra em hipótese de risco minimamente razoável para iniciar um racional. É o que a lei brasileira estabelece. *O empregador assume os riscos do negócio, mas, diante do ato de império, não!* O legislador o eximiu.

O desenvolvimento tecnológico, a concorrência, os erros de gestão, os desatinos do sistema econômico, a imprevidência, tudo se insere no rol dos riscos do negócio. A responsabilidade pelas contingências do mundo que obrigam o Estado a fechar estabelecimentos, não: artigo 486/CLT. No caso, a regra da assunção dos riscos é quebrada. Numa perspectiva lógica, Estado e empregador deveriam ser eximidos. A lei, entretanto, preferiu garantir o empregado e manter a responsabilidade do Estado.

— *Razão lógico-jurídica 2.* O argumento anterior costuma ser reforçado pelo interesse social. Ora, todo ato estatal tem de ser legitimado pelo interesse social. Essa linha argumentativa, portanto, parece frágil, para não dizer inviável. Pode haver certa gradação dos interesses, segundo prioridades (discricionariedade do decisor). Mas ausência de interesse, não. Então, se o interesse sempre é exigido, o Estado não pode alegá-lo para isentar-se. O artigo 486/CLT afasta e, pode-se dizer, mesmo, desautoriza tais considerações.

— *Razão fática 1.* Diz-se não ter havido ato discricionário dos administradores nos fechamentos. Juridicamente, viu-se, não caberia o argumento.

E a afirmação parece claramente contrafática. Da OMS ao prefeito do menor município do Brasil, os administradores sempre estiveram à frente para, conforme suas considerações e apreciação da situação, determinar ou não as restrições de atividade. Judicializou-se a questão da competência. A União trocou ministros, as autoridades se contradisseram à vontade, misturaram política e razões sociais, foi-se e

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

voltou-se nas orientações. Os Estados do norte estão vendo suas curvas de morte declinar enquanto os avançadinhos do sul, que se anteciparam nos fechamentos, estão vendo as curvas irem na direção do céu.

A inocuidade ou não dos fechamentos é algo que só com o tempo, talvez, a ciência poderá demonstrar. O Estado meteu-se nas relações jurídicas trabalhador x empregador assumindo abertamente os riscos de errar, como de fato muitas vezes errou (é o que mais se ouve atualmente), e de acertar (o que terá de ser aferido com o tempo). Os mais de 80 mil mortos até agora apontam para muitos erros e para a ineficácia das medidas.

Não se pode assumir, então, argumentativamente, para eximir o Estado, que foi obrigado uniformemente a agir.

— *Razão fática 2.* Sempre se argumentou que os fechamentos eram necessários para conciliar demanda e capacidade de atendimento. Então, as medidas foram adotadas para resolver o problema da subdimensão da rede de saúde.

As pandemias têm vindo e ido com regular freqüência e já se prognosticam outras. Perguntar o porquê do subdimensionamento das estruturas de saúde estatais é inócuo. Malversações de recursos, descaso de gestão e deficiências preditivas conjugam-se nas explicações, mas não justificam. Então, a liberação do Estado pelas indenizações desatende a lei e, frente aos fatos, é inaceitável.

[1] GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. São Paulo:Landy Editora, 2004.

[2] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3.ed. São Paulo:Martins Fontes, 1991.

[3] BELMONTE, Alexandre Agra *et al*. (COORD) O direito do trabalho na crise da COVID-19. Salvador:JusPodivm, 2020, p 461/462.

[4] HART, H. L. A. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

[5] LUHMANN, Niklas. Sistemi sociali. Fondamenti di uma teoria generale. Bologna:Società editrice il Mulino, 1990.

[6] LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad. De Maria da Conceição Corte-Real. Brasília:UnB, 1980.

Date Created
29/07/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.