

Virtual



**AB**ESA  
SÃO PAULO

Revista Científica

Caderno  
**Alunos**

# Direito do Trabalho E PREVIDENCIÁRIO

*Uma Instituição de Ensino com a Marca OABSP*

---

## **DIRETORIA**

Presidente: Marcos da Costa

Vice Presidente: Ivette Senise Ferreira

Secretário-Geral: Caio Augusto Silva dos Santos

Secretário-Geral Adjunto: Antonio Fernandes Ruiz Filho

Tesoureiro: Carlos Roberto Fornes Mateucci



# CONSELHO SECCIONAL

## Conselheiros Efetivos:

Ailton José Gimenez  
Alexandre Luis Mendonça Rollo  
Américo de Carvalho Filho  
Anis Kfoury Junior  
Anna Carla Agazzi  
Antonio Carlos Delgado Lopes  
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral  
Armando Luiz Rovai  
Benedito Marques Ballouk Filho  
Carlos Alberto Expedito de Britto Neto  
Carlos Alberto Maluf Sanseverino  
Carlos Fernando de Faria Kauffmann  
Carlos José Santos da Silva  
Carlos Roberto Faleiros Diniz  
Cid Antonio Velludo Salvador  
Cid Vieira de Souza Filho  
Claudio Peron Ferraz  
Clito Fornaciari Junior  
Dijalma Lacerda  
Edmilson Wagner Gallinari  
Edson Cosac Bortolai  
Edson Roberto Reis  
Eduardo Cesar Leite  
Eli Alves da Silva  
Estevao Mallet  
Fábio Ferreira de Oliveira  
Fábio Marcos Bernardes Trombetti  
Fabíola Marques  
Fernando Oscar Castelo Branco  
Flávio José de Souza Brando  
Gilda Figueiredo Ferraz de Andrade  
Helena Maria Diniz  
Horácio Bernardes Neto  
Jairo Haber  
Jamil Gonçalves do Nascimento  
Jarbas Andrade Machioni  
João Baptista de Oliveira  
João Carlos Pannocchia  
João Carlos Rizolli  
João Emilio Zola Junior  
José Antonio Khattar  
José Eduardo Tavolieri de Oliveira  
José Fabiano de Queiroz Wagner  
José Maria Dias Neto  
José Paschoal Filho  
José Tarcísio Oliveira Rosa  
Laerte Soares  
Livio Enescu  
Luiz Donato Silveira  
Luiz Fernando Afonso Rodrigues  
Luiz Silvio Moreira Salata  
Manoel Roberto Hermida Ogando  
Marcio Aparecido Pereira  
Marcio Cammarosano  
Marco Antonio Pinto Soares Junior  
Marco Aurélio Vicente Vieira  
Martim de Almeida Sampaio  
Mauricio Januzzi Santos  
Maurício Silva Leite  
Moirá Virginia Huggard-Caine  
Odinei Rogério Bianchin  
Odinei Roque Assarisse  
Paulo José Iasz de Moraes  
Raimundo Taraskevicius Sales  
Ricardo Cholbi Tepedino  
Ricardo Lopes de Oliveira  
Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho  
Ricardo Rui Giuntini  
Roberto Delmanto Junior  
Rosângela Maria Negrão  
Rui Augusto Martins  
Sergio Carvalho de Aguiar Vallim Filho  
Sidnei Alzidio Pinto  
Umberto Luiz Borges D'Urso  
Uriel Carlos Aleixo

## Conselheiros Suplentes:

Adriana Bertoni Barbieri  
Adriana Galvão Moura Abílio  
Aecio Limieri de Lima  
Aleksander Mendes Zakimi  
Alessandro de Oliveira Breailo  
Alexandre Tranco  
Aluisio de Fátima Nobre de Jesus  
André Simões Louro  
Antonio Carlos Roselli  
Antonio Elias Sequini  
Antonio Jorge Marques  
Antonio Ricardo da Silva Barbosa  
Aristeu José Marciano  
Arlei Rodrigues  
Arles Gonçalves Junior  
Benedito Alves de Lima Neto  
Braz Martins Neto  
Cesar Marcos Klouri  
Charles Isidoro Gruenberg  
Claudio Henrique Bueno Martini  
Clemencia Beatriz Wolthers  
Coriolano Aurelio de A Camargo Santos  
Dirceu Mascarenhas  
Domingos Sávio Zainaghi  
Douglas José Gianoti  
Eder Luiz de Almeida  
Edivaldo Mendes da Silva  
Eunice Aparecida de Jesus Prudente  
Euro Bento Maciel Filho  
Fábio Antonio Tavares dos Santos  
Fábio Dias Martins  
Fábio Guedes Garcia da Silveira  
Fábio Mourão Antonio  
Fernando Calza de Salles Freire  
Flávio Pereira Lima  
Francisco Gomes Junior  
Frederico Crissiúma de Figueiredo  
George Augusto Niaradi  
Glaudecir José Passador  
Henri Dias  
Janaina Conceição Paschoal  
José Meirelles Filho  
José Nelson Aureliano Menezes Salerno  
José Pablo Cortes  
José Roberto Manesco  
José Vasconcelos  
Judileu José da Silva Junior  
Julio Cesar da Costa Caires Filho  
Katia Boulos  
Lucia Maria Bludeni  
Luis Cesar Barão  
Luis Roberto Mastromauro  
Luiz Augusto Rocha de Moraes  
Luiz Tadeu de Oliveira Prado  
Mairton Lourenço Candido  
Marcelo Gatti Reis Lobo  
Marcelo Sampaio Soares  
Marco Antonio Arantes de Paiva  
Marco Antonio Araujo Junior  
Marco Aurélio dos Santos Pinto  
Marcos Antonio David  
Marcus Vinicius Lourenço Gomes  
Miguel Angelo Guillen Lopes  
Orlando Cesar Muzel Martho  
Oscar Alves de Azevedo  
Otávio Augusto Rossi Vieira  
Otávio Pinto e Silva  
Paulo Silas Castro de Oliveira  
Pedro Paulo Wendel Gasparini  
Rene Paschoal Liberatore  
Ricardo Galante Andretta  
Roberto de Souza Araujo  
Sidney Levorato  
Silvio Cesar Oranges  
Tallulah Kobayashi de Andrade Carvalho

Valter Tavares  
Vinicius Alberto Bovo  
Vitor Hugo das Dores Freitas  
William Nagib Filho  
Wudson Menezes Ribeiro

## Membros Natos:

Antonio Claudio Mariz De Oliveira  
Carlos Miguel Castex Aidar  
José Eduardo Loureiro  
José Roberto Batochio  
João Roberto Egydio De Piza Fontes  
Marcio Thomaz Bastos  
Mario Sergio Duarte Garcia  
Rubens Approbato Machado

## Conselheiros Federais Efetivos:

Guilherme Octavio Batochio  
Luiz Flavio Borges D'Urso  
Marcia Regina Approbato Machado Melaré

## Conselheiros Federais Suplentes:

Aloísio Lacerda Medeiros  
Arnoldo Wald Filho  
Marcio Kayatt

---

## **DIRETORIA**

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice-Diretor: Braz Martins Neto

Assessora Especial da Diretoria: Helena Maria Diniz

Coordenadora Geral: Ana Vieira

## **Conselho Curador**

Presidente: Roberto Delmanto Junior

Vice-Presidente: Laerte Soares

Secretária: Lúcia Maria Bludeni

### **Conselheiros:**

Horácio Bernardes Neto  
Fábio Guedes Garcia da Silveira  
Moira Virginia Huggard-Caine

### **Representantes do Corpo Docente:**

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho  
Joung Won Kim  
Sérgio Henrique Pardal Bacellar Freudenthal

### **Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:**

Luiz Antonio Rizzato Nunes



## Sumário

Diretoria	02
Conselho Seccional	03
Conselho Curador	04
Editorial	05
Apresentação	06
Sobre a Revista	80

## Artigos

### 10 Marisa Ferreira dos Santos

A Previdência Social do Servidor Público

### 30 Cristiane Oliveira Da Silva

Empregada Grávida Durante o Prazo de Aviso-Prévio: Estabilidade Provisória e Salário Maternidade

### 38 Aline Fernanda Escarelli, Aline Santos Vanderley Peruchi e Fernanda Vieira Martins Ferreira

Proteção ao Trabalho da Mulher

### 44 Edenilda Ribeiro Dos Santos, Maurício Almeida Joppert, Priscilla Ceola Stefano Pereira e Talita Solyon Braz

Estabilidade no Emprego: A Estabilidade da Gestante Durante o Aviso Prévio Indenizado

### 50 Adilson Sanchez

Boas Ações Previdenciárias

### 56 Aparecido Gonçalves Ferreira, Clarice Aguiar de Souza, José Aparecido Alves e Leandro Rodrigo da Silva

Assédio Moral

### 62 Andre Luiz De Macedo, Aureo Matricardi Junior, Luiz Carlos Meix e Rodrigo Jara

Estabilidade Especial Decorrente de Acidente de Trabalho Em Contrato de Experiência: Reparação de Danos

### 68 Fabrício Pereira de Melo, João Sérgio Afonso, Luís Henrique de Moraes Afonso

Assédio Moral: "O Constrangimento é presumido ou deve ser provado?"

### 74 Adilson Sanchez

Um Fato do Trabalho num Contexto Social

Expediente



Revista Científica Virtual da Escola Superior de  
Advocacia da OAB-SP  
Caderno Aluno - São Paulo: OAB/SP, 2013.

#### Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

#### Coordenador de Editoração

Adilson Sanchez

#### Colaboradores

Bruno Moraes

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Tomás Rotter Bueno

#### Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

#### Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141, Sobreloja - Liberdade

Telefone: (11) 3346 6800 - Site: [www.esaoabsp.edu.br](http://www.esaoabsp.edu.br)

E-mail: [revista@esa.oabsp.org.br](mailto:revista@esa.oabsp.org.br)

#### Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

A presente revista virtual dos alunos do curso de especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário da Escola Superior de Advocacia ESAOABSP / Presidente Prudente, reflete seu conteúdo. Durante cerca de dois anos os alunos receberam as maiores autoridades do Direito do Trabalho e Previdenciário. Nomes destacados do Direito por lá passaram, deixando seus ensinamentos e mais do que isso, registrando seus esforços para o despertar da consciência na obtenção de um Estado Democrático Social de Direito.

Não sem razão, os alunos desenvolveram trabalhos e pesquisas de relevante conteúdo jurídico. Tiveram a oportunidade de proferir palestras, num evento da própria OAB local aberto ao público e à comunidade jurídica. Aliás, de grande procura e sucesso.

Surgiu a ideia de também oferecer a eles um canal de veiculação de seus pensamentos na defesa dos seus posicionamentos jurídicos aprimorados na conclusão do curso.

Assim surgiu a 1ª Revista Virtual da ESA destinada exclusivamente aos seus alunos. A primeira aos alunos do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário de Presidente Prudente.

E não surgiu apenas com qualidade, mas com o entusiasmo de quem será divulgador do pensamento jurídico, social e humanístico, cerne do programa educacional oferecido.

Como coordenador pedagógico sinto-me profundamente gratificado por essa oportunidade e também realizado por capacitar, humildemente, em evento de pós graduação, juristas de formação sólida e visão moderna do direito, voltados para a realização da justiça. Conscientes do papel social do jurista para propiciar o avanço das instituições democráticas.

Nota-se, nos artigos elaborados, justamente essa preocupação. Oferecer não somente à comunidade jurídica, mas ao interessado em geral, assuntos atuais, polêmicos e que inspiram posicionamentos primordiais ao debate e desenvolvimento das relações sociais.

E como é fácil identificar o quanto ainda teremos de avançar no campo social. Também simples é concluir que o Direito, cada vez mais, é multidisciplinar. Embora saídos de uma especialização, possuem os autores visão genérica decorrente de sua sólida formação jurídica.

Os temas escolhidos pertencem ao mundo trabalhista e previdenciário, é bem verdade. Mas caminham simultaneamente com a filosofia, a sociologia, sensíveis à causa social que desafia o jurista, seja qual for o ramo de sua atuação.

Temas como o da estabilidade no emprego, dos danos morais, da proteção da mulher, desenvolvidos pelos alunos para a presente edição, são frutos de preocupações emanadas nas cadeiras acadêmicas e representam uma visão humanística do direito, razão da existência da nossa querida Escola Superior de Advocacia, que mais uma vez demonstra estar adiante do seu tempo.

*Prof. Adilson Sanchez*



Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; Mestre em Direito; Professor universitário em cursos de graduação e pós graduação; Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e em Direito Previdenciário da Escola Superior de Advocacia – ESAOABSP. Conferencista pela OAB/SP desde 1987; Responsável pelo curso “Advocacia Previdenciária”, ministrado há 10 anos na ESAOABSP e autor de livros, entre os quais “Advocacia Previdenciária”, ed. Atlas e “Tratado das Verbas Trabalhistas”, ed. LTr.









# A Previdência Social do Servidor Público

## Sumário

Introdução

1. Evolução da Previdência Social Dos Servidores Públicos Civis Na Constituição Federal De 4-10-1988.

2. A Situação Atual Do Regime De Aposentadorias E Pensões Dos Servidores Públicos Civis.

3. As Alterações Constitucionais e o Direito Adquirido dos Servidores Públicos.

Conclusão

---

**Marisa Ferreira dos Santos**

---



## Introdução

O Direito Previdenciário, no Brasil, teve sua importância reconhecida a partir da Emenda Constitucional n. 20, de 1988. Até então as questões previdenciárias eram tidas como de menor significação social.

Com a EC n. 20/1998, os trabalhadores da iniciativa privada e os servidores públicos foram atingidos por significativas mudanças no regime previdenciário, vindo à tona, então, a polêmica acerca da garantia constitucional do respeito ao direito adquirido em matéria previdenciária.

A partir de 1988, a previdência social do setor público e do setor privado ganhou a pauta dos três Poderes e sucessivas mudanças têm sido implementadas, sempre com a justificativa de conter o déficit das contas de ambos os sistemas e propiciar-lhes a sobrevivência.

A Constituição Federal de 1988, com sucessivas Emendas Constitucionais, disciplina regimes jurídicos distintos de previdência social: o regime geral de previdência social, aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada; o regime especial aplicável aos agentes públicos (servidores vitalícios e titulares de cargo efetivo); e o regime especial aplicável aos militares.

A história previdenciária dos servidores públicos no Brasil mostra que esses trabalhadores sempre estiveram fora do regime aplicável aos da iniciativa privada.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou a Seguridade Social, cujo conceito compreende o direito à saúde, à previdência social e à assistência social, os servidores públicos continuaram excluídos do sistema de proteção previdenciária dos trabalhadores em geral. Embora a adoção do modelo da seguridade social tenha sido um avanço na demorada conquista pela valorização dos direitos sociais no Brasil, os servidores públicos ainda têm, em termos previdenciários, regime distinto e peculiar.

Note-se que o § 3º do art. 39 da Constituição, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1998, determina a aplicação do disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX,

XXII e XXX aos servidores ocupantes de cargo público, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. O art. 7º garante diversos direitos sociais aos trabalhadores da iniciativa privada; alguns deles são, então, também aplicáveis aos servidores públicos, o que, a nosso ver, demonstra que o legislador constituinte quis diminuir a diferença existente entre os regimes jurídicos de trabalho público e privado, considerando, todos, trabalhadores: remuneração não inferior ao salário mínimo, mesmo quando se trata de remuneração variável; 13º salário com base no valor da remuneração integral ou no valor da aposentadoria; adicional noturno; salário-família pago em razão da existência de dependente do servidor de baixa renda, nos termos da lei (art. 13 da EC n. 20/1998); jornada de trabalho não superior a 8 horas diárias e a 44 horas semanais; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; férias remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do cargo e dos vencimentos, por 120 dias; licença-paternidade, nos termos da lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; proibição de diferença de remuneração, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A manutenção de regimes previdenciários distintos talvez tenha fundamento na natureza peculiar da atividade dos servidores públicos: a prestação de *serviço público*. HELOÍSA HERNANDEZ DERZI ensina: "Então, o primeiro dado relevante quando se pretende abordar o tema da *previdência do servidor público*, é demonstrar que 'esses trabalhadores qualificados' (*i.e., servidores*), em suas *relações de trabalho com o Estado*, sempre estiveram adstritos a *regime jus-laboral institucional*: a estabilidade, as *regras de disponibilidade*, a paridade de vencimentos exemplificam a chamada *natureza estatutária, não-contratual*, em que as partes não podem livremente negociar as condições; antes, aderem a um *regime* imposto por *lei*, voltado para

o atendimento primordial do chamado *interesse público*" (destaques no original)<sup>1</sup>.

A natureza estatutária, não-contratual, do vínculo dos trabalhadores do setor público com a Administração, a par de lhes dar vantagens próprias da natureza de suas funções, traz-lhes, também, restrições que não se aplicam ao setor privado: dedicação exclusiva ao serviço público; limite máximo de remuneração (*teto*); fixação da remuneração por lei; impossibilidade de negociação das condições laborais.

A instituição de regimes previdenciários diferenciados impossibilita que se construa um sistema previdenciário coeso e apto a dar proteção social a toda a população ativa e inativa do país, seja no setor público ou no setor privado. Embora com direito à proteção social do atendimento à saúde – garantia que, de resto, a todos se dirige, indistintamente -, os servidores públicos ficaram afastados da participação solidária que fundamenta a proteção social que a seguridade social deve implementar. "Inobstante a *setorialização administrativa* e a *discriminação das receitas*, outro desvio dos desígnios constitucionais levou à destruição da idéia de *solidariedade* e *segurança* que devem integrar o conceito de Seguridade: a permissão constitucional para a criação dos chamados *sistemas próprios* para os *servidores civis e militares*, em antagonismo à idéia de *sistema universal*" (destaques no original).<sup>2</sup>

## 1. Evolução da PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 4-10-1988.

1 – A redação original.

É oportuno transcrever o que originariamente dispôs o art. 40 da Constituição:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de

acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III- voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para o efeito de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que

<sup>1</sup> Cf. *Equívocos da Reforma Previdenciária do Setor Público*, in Revista de Direito Social, n. 12, 2003, Notadez, Porto Alegre, pp. 55-66, na p. 59.

<sup>2</sup> Idem, ibidem.



se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Havia, então, as seguintes aposentadorias:

a) *por invalidez permanente*, com proventos integrais se a invalidez se originasse de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e com proventos proporcionais nos demais casos;

b) *compulsória* aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

c) *voluntária por tempo de serviço, com proventos integrais*, exigindo-se 35 anos de serviço para os homens e 30 anos de serviço para as mulheres. Os professores também se aposentavam voluntariamente, com proventos integrais, aos 30 anos de efetivo tempo de magistério, se homem, e 25 anos, se mulher;

d) *voluntária por tempo de serviço, com proventos proporcionais*, aos 30 anos de serviço para o homem e aos 25 anos de serviço para a mulher;

e) *voluntária por idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço*, aos 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher;

f) *aposentadoria especial* em virtude do exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, definidas em lei complementar que, aliás, não chegou a ser editada. Por isso, na prática, à falta de lei complementar, os servidores públicos não chegaram a obter aposentadoria especial. Nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO. Extraordinário. Provento parcial. Servidor público federal. Regime celetista. Atividade insalubre. Contagem especial de tempo de serviço. Período posterior à Lei nº 8.112/90. Art. 40, § 4º, na

redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98. Inaplicabilidade. Agravo regimental parcialmente provido. Para concessão do direito à contagem de especial de tempo de serviço referente ao período posterior à Lei nº 8.112/90, é necessária a complementação legislativa de que trata o artigo 40, § 4º, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98. (RE 371749 AgR/RS Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, DJ 4-2-2005, p. 00024).

Note-se que, em nenhuma das hipóteses, a idade mínima era requisito do benefício de aposentadoria dos servidores públicos civis.

Os proventos das aposentadorias tinham garantida a paridade com os vencimentos dos servidores em atividade: eram revistos na mesma proporção e na mesma data, e aos inativos se estendiam quaisquer benefícios ou vantagens concedidas posteriormente aos servidores da ativa, mesmo quando se tratasse de verbas decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que o servidor tivesse se aposentado.

A pensão por morte, devida aos dependentes do servidor falecido, tinha sua renda mensal inicial correspondente ao valor de seus vencimentos ou proventos, e garantida a paridade.

Note-se que o sistema previdenciário dos servidores públicos não era, até então, de caráter contributivo. O art. 149, § 1º, da Constituição permitiu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituíssem contribuições, cobradas de seus servidores, destinadas ao custeio de sistemas de previdência e assistência social. Estava, assim, permitida a criação de regimes previdenciários próprios em todos os entes federados.

2 – A modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 3/1993.

No âmbito federal, a EC n. 3/1993, acrescentou ao art. 40 o § 6º, determinando que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam custeadas com

recursos provenientes da União e dos servidores públicos federais, na forma da lei.

Esse dispositivo constitucional, entretanto, teve praticamente nenhum efeito prático porque o sistema previdenciário dos servidores públicos só foi efetivamente estruturado com a EC n. 20, de 1998.

3 – A Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998.

### 3.1. As regras permanentes.

Com a promulgação da EC n. 20/1998, o regime previdenciário dos servidores públicos civis foi substancialmente alterado. O art. 40 passou a ter a seguinte redação:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.



§ 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos

titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

A EC n. 20 deu caráter contributivo ao regime próprio dos servidores públicos alterando o *caput* do art. 40. E mais: determinou a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A primeira grande modificação que merece destaque diz respeito aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou emprego público: será segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, ficando, portanto, *excluídos* do regime próprio.

Tratando-se de regime previdenciário de caráter contributivo, todo o tempo de exercício no serviço público, após a EC n. 20, é denominado *tempo de contribuição*. O § 10 do art. 40 proibiu, expressamente, a contagem de *tempo fictício*, isto é, período que não seja de efetiva contribuição para o sistema.

As regras trazidas pela EC n. 20 só poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressassem no serviço público a partir de sua vigência, razão pela qual logo ficaram conhecidas como *regras permanentes*.

Com relação à licença-prêmio, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA EM TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. I. - Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a conversão. Precedentes do STF. II. - Agravo não provido. (RE 394661 AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 14-10-2005, p. 00022)

Ficaram assim disciplinadas as aposentadorias do setor público:

a) *por invalidez permanente*: com *proventos proporcionais* ao tempo de contribuição, em regra. Com *proventos integrais*, na hipótese de invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

b) *compulsória*, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

c) *voluntária, por tempo de contribuição, com proventos integrais*, desde que cumpridos os seguintes requisitos cumulativos:

c.1) tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público;

c.2) 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;

c.3) 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher, reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o(a) professor(a) que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

As alterações relativas à aposentadoria dos professores são extremamente importantes. Para ter direito à redução de 5 anos no tempo de contribuição e na idade, o professor deve comprovar que o exercício de suas funções de magistério se deu apenas na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Ou seja, o magistério de nível superior não dá ao professor o mesmo direito.

A razão desse entendimento do constituinte reformador não está bem esclarecida. Ao que parece, pretendeu valorizar o profissional que se dedica à formação intelectual básica, e a entendeu mais penosa até porque, historicamente, sempre foi mal remunerada. Não nos parece razoável o dispositivo. O professor do ensino superior exerce atividade igualmente importante e mal remunerada.

c.4.) idade mínima de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, reduzidos em cinco anos para o(a) professor(a) que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

O requisito da idade mínima para a aposentadoria foi adotado pela primeira vez pela EC n. 20/1998.

d) *voluntária, por idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição*, desde que cumpridos os seguintes requisitos cumulativos:

d.1) tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público;

d.2) 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;

d.3) idade de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher.

e) *aposentadoria especial* apenas nas hipóteses de atividades exercidas exclusivamente sob condições



especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei complementar, aliás, nunca editada.

A integralidade dos proventos das aposentadorias e pensões restou garantida, conforme dispôs o § 3º do art. 40, assim como a paridade com o pessoal em atividade (art. 40, § 8º).

O § 6º do art. 40 proibiu a percepção de mais de uma aposentadoria custeada pelo regime próprio. Essa a regra. Contudo, podem ser recebidas aposentadorias resultantes da acumulação de cargos permitida pela Constituição. A ressalva, a nosso ver, era desnecessária. Tratando-se de regime eminentemente contributivo, o servidor em situação de acumulação de cargos paga a contribuição previdenciária em ambos; não faria sentido que assim contribuísse e não pudesse receber as duas aposentadorias.

As pensões por morte passaram a depender de regulamentação por lei ordinária (art. 40, § 7º). Os seus contornos, porém, ficaram já delineados pelo constituinte: valor igual ao dos proventos que o servidor recebia ou, se ainda não aposentado, igual ao de seus vencimentos na data do falecimento.

O § 11 do art. 40 instituiu a limitação do total dos proventos da inatividade, o denominado "teto", na forma do disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal: o total dos proventos da inatividade não poderá exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF, fixado por meio de lei federal ordinária, editada pelo Congresso Nacional, com base em um projeto de lei de iniciativa do próprio STF. Note-se que a expressão "total dos proventos da inatividade" abrange os proventos de mais de uma aposentadoria ou pensão, na hipótese de acumulação de aposentadorias (art. 40, § 6º).

Há na EC n. 20 uma importante alteração do regime previdenciário dos servidores públicos: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão fixar valor máximo para os benefícios de seus servidores titulares de cargo efetivo, correspondente ao valor máximo dos benefícios do Regime Geral

de Previdência Social. Porém, para fazê-lo, deverão instituir regime de previdência complementar que os beneficie (art. 40, § 14). Os servidores que já estiverem no regime na data da publicação do ato que instituir o novo regime de previdência complementar poderão escolher entre permanecer no antigo regime e migrar para o novo. A opção para o regime complementar, todavia, deverá ser feita expressamente (art. 40, § 16).

### 3.2. As regras de transição.

As novas regras não poderiam ser aplicadas aos servidores que ingressaram no serviço público *antes* da promulgação da EC n. 20/98, mas que ainda não haviam cumprido todos os requisitos para a aposentadoria voluntária, sob pena de ofensa ao direito adquirido. Para estes aplicam-se as *regras de transição*, não incorporadas ao texto da Constituição, mas sim, contidas no art. 8º da Emenda Constitucional.

Com a EC n. 20, o regime previdenciário dos servidores públicos passou a ser contributivo, de forma que era necessário disciplinar a contagem de todo o período em que os antigos servidores tinham garantida a contagem de *tempo de serviço* que, evidentemente, não poderia ser desconsiderado. Para tanto, dispôs o art. 4º da Emenda:

Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

A primeira regra de transição, portanto, é: o tempo de serviço reconhecido pelas normas antigas passou a ser contado como tempo de contribuição.

As demais regras de transição estão contidas no art. 8º da EC n. 20/1998:

Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito

à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter

de acordo com o "caput", acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

§ 2º - Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º - Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento.

§ 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

§ 5º - O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no "caput", permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal.

As alterações atingiram a aposentadoria voluntária, que assim ficou disciplinada:

a) *aposentadoria voluntária, por tempo de contribuição, com proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos cumulativos:

a.1) idade mínima: 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher;

a.2) tempo de contribuição: 35 anos, se homem, e 30



anos, se mulher:

a.3) um período adicional ("pedágio") de 20% do tempo de contribuição que, na data da publicação da EC n. 20, faltava para atingir o tempo de contribuição necessário à aposentadoria;

a.4) 5 anos de exercício no cargo em que se desse a aposentadoria.

b) *aposentadoria voluntária, por tempo de contribuição, com proventos proporcionais*, além do requisito da idade mínima, com o cumprimento dos seguintes requisitos:

b.1) 30 anos de contribuição, se homem, e 25 anos, se mulher;

b.2) *pedágio* fixado em 40%.

O valor da renda mensal da aposentadoria com proventos proporcionais era fixado em 75% do valor dos proventos integrais, acrescido de 5% por ano que ultrapassasse o tempo de contribuição exigido, até o limite de 100%.

Restou garantida a paridade no reajuste com os servidores em atividade.

Nos termos do art. 8º, § 2º, da EC 20, as regras de transição aplicavam-se aos magistrados, aos membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Porém, tinham um bônus de 17% de acréscimo sobre o período de tempo de serviço computado até a data da publicação da Emenda (§ 3º).

Para o servidor público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que eram titulares de cargo efetivo de magistério e que nele tivessem ingressado regularmente até a data da publicação da Emenda, ficou garantido bônus de 17%, se homem, e de 25%, se mulher, sobre o tempo de serviço exercido até a publicação da Emenda, desde que a aposentadoria se desse exclusivamente com tempo de efetivo exercício das funções de magistério (§ 4º).

Para incentivar a permanência dos antigos servidores na atividade, desestimulando a aposentadoria, o § 5º do art. 8º da Emenda instituiu o denominado *abono de permanência em serviço*: isenção do pagamento da contribuição previdenciária.

4 - A Emenda Constitucional n. 41, de 19-12-2003.

Novas alterações foram introduzidas na aposentadoria dos servidores públicos pela Emenda Constitucional n. 41, de 19-12-2003, de forma substancial. Novamente há *regras permanentes e regras de transição*.

Eis as alterações introduzidas no art. 40 da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

...

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

...

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o

art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

...

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

...

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

#### 4.1. As regras permanentes.

As regras permanentes aplicam-se aos servidores que ingressaram no regime *após* a EC n. 41/2003.

Esses servidores sujeitam-se às normas do regime geral de previdência social, aplicável aos trabalhadores do setor privado, quanto ao cálculo da renda mensal inicial de seus benefícios e aos reajustes posteriores.

A aposentadoria voluntária *por tempo de contribuição* passou a ter a seguinte disciplina:

a) com *proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos:

a.1) idade mínima: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher;

a.2) *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher;

a.3) *10 anos de exercício no serviço público*;

a.4) *5 anos de exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria*.

b) com *proventos proporcionais*: impõe o cumprimento do requisito da idade mínima – 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher – bem como dos demais requisitos exigidos para a aposentadoria com proventos integrais.



Para o professor, desde que comprove exclusivamente o efetivo exercício do magistério na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, há redução de 5 anos nos requisitos de idade mínima e tempo de contribuição nas duas hipóteses (proventos integrais e proporcionais).

Porém, o cálculo dos proventos da aposentadoria voluntária, integral ou proporcional, foi modificado. Deixou de existir correlação entre os vencimentos que o servidor tinha na atividade e os proventos da aposentadoria que passará a receber.

A explicação é simples: as contribuições previdenciárias dos servidores públicos passaram a incidir apenas sobre a parcela da remuneração que não exceda o teto fixado para o regime geral de previdência social.

O cálculo da renda mensal inicial também foi equiparado ao do regime geral da previdência social: todos os salários-de-contribuição (bases de cálculo da contribuição previdenciária) utilizados no cálculo do benefício serão corrigidos monetariamente.

O cálculo dos proventos das aposentadorias dos servidores foi regulamentado pela Lei n. 10.887, de 18-6-2004. Não há mais garantia da paridade dos reajustes dos proventos em relação à remuneração dos servidores da ativa. Esses reajustes ficaram submetidos a critérios fixados em lei. Os proventos da aposentadoria não poderão ser superiores ao limite máximo fixado para os benefícios do regime geral de previdência social.

#### 4.2. As regras de transição.

A mudança das regras não poderia, mais uma vez, atingir os servidores que ingressaram no regime *antes* da publicação da EC n. 41. É necessário incluir nestes muitos que ingressaram antes da EC n. 20 e acabaram atingidos por essas duas Emendas Constitucionais, sob pena de serem violados direitos adquiridos.

As *regras de transição* estão, mais uma vez, no corpo da Emenda e não foram integradas ao texto da Constituição.

Vamos subdividir o item, considerando as duas situações atingidas pelas normas de transição.

##### 4.2.1. As *regras de transição* fixadas no art. 2º da EC n. 41/2003.

Essas regras são aplicáveis servidores que ingressaram no regime *até a data da publicação da EC n. 20/98*, mas ainda não haviam implementado os requisitos para se aposentarem.

Eis o art. 2º da EC n. 41/2003:

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e

§ 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em

atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

A aposentadoria voluntária passou a ser assim disciplinada:

a) com *proventos integrais*, mediante o cumprimento dos seguintes requisitos:

a.1) *idade mínima*: 53 anos, se homem, e 48 anos, se mulher;

a.2) *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher;

a.3) um *período adicional* ("pedágio") de 20% do tempo que faltaria na data da EC n. 41 para completar o tempo de contribuição necessário;

a.4) *cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria*.

b) com *proventos proporcionais* ao tempo de contribuição, tendo como diferencial o "pedágio", fixado em 40%.

A regra de transição aplicava-se também aos magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunal de Contas. Para eles, entretanto, ficou garantido um acréscimo de 17% no tempo de serviço exercido até a publicação da EC n. 20/98.

Em qualquer hipótese, as regras de transição desvincularam da remuneração dos servidores em atividade o cálculo da renda mensal inicial dos proventos, dando-lhe, como nas regras permanentes, o mesmo tratamento do regime geral de previdência social: correção monetária dos salários-de-contribuição considerados no cálculo e submissão ao teto dos benefícios previdenciários.

O reajuste deixou de observar a paridade com os servidores da ativa e ficaria submetido a critérios definidos em lei.



Caso o servidor quisesse se aposentar antes de completar a idade mínima, ficaria submetido a um *reductor* de 3,5%, se completasse os requisitos até 31-12-2005, ou de 5%, se os completasse a partir de 1º-1-2006.

#### 4.2. As regras de transição do art. 6º da EC n. 41/2003.

Aos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da EC n. 41 (19-12-2003), mas ainda não tinham cumprido os requisitos para a aposentadoria voluntária, o art. 6º da Emenda Constitucional possibilitou a opção pela aposentadoria pelas regras permanentes ou pelas regras transitórias do seu art. 2º (para os que ingressaram até a EC n. 20/98).

Dispôs o art. 6º:

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a

aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

A aposentadoria voluntária, com proventos integrais, ficou garantida aos que preenchessem os seguintes requisitos:

a) *idade mínima*: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher;

b) *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher;

c) *20 anos de efetivo exercício no serviço público*;

d) *dez anos de carreira*;

e) *5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria*.

Para essa aposentadoria foi garantida a *integralidade*: o valor da renda mensal da aposentadoria corresponderia à última remuneração do servidor quando ainda em atividade. Para os reajustes posteriores, foi garantida a *paridade*.

Essas regras de transição foram consideradas extremamente gravosas para os servidores que ingressaram no sistema até a data da vigência da EC n. 20 (16-12-98), o que gerou a votação e aprovação da conhecida "PEC paralela", que se transformou na Emenda Constitucional n. 47, de 5-7-2005.

5 – A Emenda Constitucional n. 47, de 5-7-2005.

O art. 40 da Constituição Federal foi novamente alterado pela EC n. 47/2005, conforme segue:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas

autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

Na redação dada pela EC n. 20/1998, o § 4º do art. 40 garantia a concessão de aposentadoria *especial* ao servidor que exercesse atividades exclusivamente sob condições especiais que prejudicassem sua saúde ou integridade física, conforme definisse lei complementar que, diga-se, não chegou a ser editada.

A EC n. 47/2005 alterou o dispositivo, restando garantido o benefício aos servidores que exercem atividades exclusivamente sob condições especiais e também aos servidores portadores de deficiência e aos que exerçam atividades de risco. Entretanto, cabe à lei complementar especificar as condições especiais, as deficiências e as

atividades de risco que darão ensejo à aposentadoria especial.

Aposentados e pensionistas portadores de doença incapacitante definida em lei foram beneficiados pela EC n. 47/2005, que acrescentou o § 21 ao art. 40 da Constituição: o limite de isenção da contribuição previdenciária será o dobro do limite máximo do valor dos benefícios concedidos pelo Regime Geral da Previdência Social aplicável aos trabalhadores do setor privado (art. 202 da CF).

#### 5.1. As regras de transição.

A EC n. 47 trouxe, então, as novas regras de transição *aplicáveis aos servidores que tenham ingressado no serviço público até 16-12-98*:

Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução,



relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Necessário ficar, de início, que a EC n. 41 ressaltou a esses servidores o direito de optarem por se aposentarem na forma das regras permanentes ou dos arts. 2º e 6º da EC n. 41/2003.

Ficaram, assim, fixados os seguintes requisitos cumulativos para a *aposentadoria com proventos integrais*:

a) *tempo de contribuição*: 35 anos, se homem, e 30 anos, se mulher;

b) *25 anos de efetivo exercício no serviço público*;

c) *15 anos de carreira*;

d) *5 anos no cargo em que se der a aposentadoria*;

e) *idade mínima*: 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, reduzidos de 1 ano para cada ano de contribuição que exceder o tempo de contribuição necessário para se aposentarem.

Os servidores aposentados de acordo com as normas de transição da EC n. 41 têm assegurada a integralidade em relação à última remuneração recebida em atividade e a paridade nos reajustes com o pessoal da ativa.

## 2. A Situação Atual Do Regime De Aposentadorias E Pensões Dos Servidores Públicos Civis.

Tantas e tão profundas mudanças no regime próprio dos servidores públicos, relativas à aposentadoria voluntária e pensões, merecem quadro explicativo das regras permanentes e de transição atualmente em vigor:

a) regras permanentes: aplicáveis aos que ingressaram no serviço público *após* 31-12-2003 (EC n. 41/2003).

a.1.) por tempo de contribuição

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	60 anos	55 anos	Art. 40, § 1º, III, a
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 40, § 1º, III, a
Tempo de exercício no serviço público	10 anos	10 anos	Art. 40, § 1º, III
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 40, § 1º, III
Valor dos proventos (não há integralidade)	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo.		Art. 40, §§ 3º e 17, e Lei n. 10.887/2004.
Reajustes (não há paridade)	Conforme critérios definidos em lei		Art. 40, § 8º

As pensões por morte devidas aos dependentes do servidor público falecido terão valor igual à totalidade dos proventos que este recebia, caso aposentado na data do óbito, até o limite de 100% (cem por cento) do valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela excedente desse limite. Se o servidor estiver em atividade na data do óbito, o cálculo seguirá os mesmos limites e critérios, tomando-se por base a remuneração do servidor na data do óbito (art. 40, § 7º, I e II, da CF).

## a.2.) por idade

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	65 anos	60 anos	Art. 40, § 1º, III, b
Tempo de contribuição	....	....	Art. 40, § 1º, III, b
Tempo de exercício no serviço público	10 anos	10 anos	Art. 40, § 1º, III
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 40, § 1º, III
Valor dos proventos (não há integralidade)	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, limitados ao teto do valor dos benefícios do regime geral de previdência social		Art. 40, §§ 3º e 17, e Lei n. 10.887/2004
Reajustes (não há paridade)	Conforme critérios definidos em lei		Art. 40, § 8º

As pensões por morte serão calculadas como item a.1 supra.

b) Regras de transição: *aplicáveis aos que ingressaram até 15-12-98 (EC n. 20/98).*

b.1) com proventos integrais e garantia de paridade.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	60 anos, reduzidos de um ano para cada ano de contribuição que exceder 35 anos	55 anos, reduzidos de um ano para cada ano de contribuição que exceder 30 anos	Art. 3º, III, da EC n. 47/2005
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 3º, I, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício no serviço público	25 anos	25 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício na carreira	15 anos	15 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 3º, II, da EC n. 47/2005
Valor dos proventos	Integralidade	Integralidade	Art. 3º, caput, da EC n. 47/2005
Reajustes	Paridade	Paridade	Art. 3º, § único, da EC n. 47/2005

As pensões por morte serão calculadas como nos itens anteriores.

b.2.) com proventos calculados na forma do item a supra, ou seja, sem a garantia da integralidade e da paridade: art. 2º da EC n. 41/2003 e art. 3º, *caput*, da EC n. 47/2005.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	53 anos	48 anos	Art. 2º, I, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 2º, III, a, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição adicional	20% do tempo faltante, considerada a publicação da EC n. 20/98 (15-12-98)	20% do tempo faltante, considerada a publicação da EC n. 20/98 (15-12-98)	Art. 2º, III, b, da EC n. 41/2003
Tempo de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 2º, II, da EC n. 41/2003
Valor dos proventos	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, reduzidos em 3,5% por ano até 31-12-2005 e 5% por ano a partir de 1º-1-2006, caso o servidor opte por se aposentar antes de completar 60 de idade	Média dos 80% maiores salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, considerado todo o período contributivo, reduzidos em 3,5% por ano até 31-12-2005 e 5% por ano a partir de 1º-1-2006, caso a servidora opte por se aposentar antes de completar 55 anos de idade	Art. 2º, § 1º, I e II, da EC n. 41/2003, e art. 40, §§ 3º e 17 da CF.
Reajustes	Conforme critérios definidos em lei	Conforme critérios definidos em lei	Art. 2º, § 6º, da EC n. 41/2003, e art. 40, § 8º, da CF

As pensões por morte serão calculadas como nos itens anteriores.



c) Regras de transição: *aplicáveis aos que ingressaram até 31-12-2003 (EC n. 41/2003)*, na forma prevista no art. 3º da EC n. 47/2005, desde que não optem por se aposentar na forma do item b.2. supra.

Requisitos	Homem	Mulher	Norma
Idade mínima	60 anos	55 anos	Art. 6º, I, da EC n. 41/2003
Tempo de contribuição	35 anos	30 anos	Art. 6º, II, da EC n. 41/2003
Tempo de efetivo exercício no serviço público	20 anos	20 anos	Art. 6º, III, da EC n. 41/2003
Tempo de carreira	10 anos	10 anos	Art. 6º, IV, da EC n. 41/2003
Tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos	5 anos	Art. 6º, IV, da EC n. 41/2003
Valor dos proventos	Integralidade	Integralidade	Art. 6º, caput, da EC n. 41/2003
Reajustes	Paridade	Paridade	Art. 7º da EC n. 41 e art. 3º, § único, da EC n. 47/2005

Quanto às pensões por morte, os critérios são os mesmos acima explicitados.

A aposentadoria *compulsória* ocorre aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, conforme dispõe o inciso II do art. 40 da Constituição.

No Congresso Nacional tramita o Projeto de Emenda Constitucional n. 42/2003, aprovado em primeiro turno pelo Senado Federal em 30-8-2005. Se convertido em Emenda Constitucional, trará significativa alteração à aposentadoria compulsória. O PEC 42/2003 prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Entretanto, prevê a possibilidade de aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade, conforme requisitos estabelecidos em lei complementar.

O benefício de pensão por morte, devido as dependentes do servidor falecido, na forma do estabelecido em legislação específica, está sujeito a regras permanentes e regras de transição da mesma forma do que sucede com as aposentadorias. Após a EC n. 41/2003, a pensão por morte está sujeita aos redutores e aos descontos relativos à contribuição previdenciária (art. 40, §§ 7º e

18, da CF e art. 4º da EC n. 41/2003).<sup>3</sup>

### 3. As Alterações Constitucionais e o Direito Adquirido dos Servidores Públicos.

Com tantas alterações no regime próprio dos servidores, evidentemente ganha relevo a questão do direito adquirido.

Todas as Emendas Constitucionais mencionadas ressalvaram a garantia do respeito ao direito adquirido dos servidores que tivessem implementado todas as condições para se aposentarem antes de sua vigência.

Porém, o problema persiste em relação àqueles que já estavam no sistema mas não haviam ainda cumprido todos os requisitos para a aposentadoria. Tinham vantagens que não mais existem após o novo regime.

Em matéria de seguridade social, a questão é extremamente relevante porque a escolha do regime previdenciário pressupõe a certeza de que a proteção social futura estará garantida, aconteça o que acontecer. O planejamento do futuro é intrínseco ao conceito de *previdência social*. Colhido pelas mudanças, que, via de regra, não trazem vantagens, mas sim, suprimem direitos, o planejamento do futuro se torna inviável.

Para manter coerência com o conceito de seguridade social, principalmente no campo da previdência social, o momento da aquisição do direito é o do ingresso no sistema. Ou seja, o regime jurídico aplicável é o vigente na data do ingresso do segurado no sistema previdenciário, não podendo haver mudanças nas regras do jogo, salvo se forem mais favoráveis e concederem mais direitos.

Porém, esse entendimento já foi totalmente afastado pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no que se refere aos requisitos para a concessão de benefícios quanto à instituição de contribuição previdenciária para aposentados e pensionistas:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público.

<sup>3</sup> Cf. Ricardo Cunha Chimentí, Fernando Capez, Márcio Fernando Elias Rosa e Marisa Ferreira dos Santos, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª Ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 209.

Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos

princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art.



40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (ADI 3105 / DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 18-2-2005, p. 00004).

### **Conclusão**

As sucessivas modificações no regime previdenciário dos servidores públicos demonstram que falta planejamento administrativo e financeiro que permita seja construído um verdadeiro sistema previdenciário.

De outra parte, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, afastando o reconhecimento do direito adquirido ao regime previdenciário no qual o servidor ingressou no sistema, causa profunda distorção no conceito de *previdência social*, que não encontra justificativa em razões de ordem econômico-financeira.

# **E**mpregada Grávida Durante o Prazo de Aviso-Prévio: Estabilidade Provisória e Salário Maternidade

## **Sumário**

Introdução

Resumo

1. Conceito, Definição e Modalidades de Aviso Prévio

1.1. Definição

1.2. Modalidades

1.2.1 Aviso Prévio Trabalhado

1.2.1.1 Dispensa de Cumprimento do Aviso Prévio Trabalhado

2. A Estabilidade da Empregada Gestante

2.1. Salário - Maternidade e a Estabilidade Provisória

2.2. Natureza Jurídica do Salário – Maternidade

Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-Chave: Aviso-Prévio ; Empregada Gestante; Estabilidade Provisória; Salário Maternidade.

---

**Cristiane Oliveira Da Silva**



## Resumo

Analisa-se os efeitos e as circunstâncias jurídicas da empregada gestante que engravidou no prazo do aviso prévio, se tem direito à garantia provisória de emprego.

## Introdução

No presente trabalho, defendemos a tese de que a empregada que engravida no curso de aviso prévio, mesmo que indenizado, tem direito à estabilidade provisória de que trata o art. 10, inc.II, alínea *b*, do Ato das disposições constitucionais Transitórias da Constituição da República e, que justamente por isso, a ela não se aplica o entendimento veiculado na Súmula nº 371 do Tribunal Superior do Trabalho.

Pois bem, o objeto do estudo envolve basicamente, os Institutos: aviso prévio trabalhista e a estabilidade provisória da gestante empregada.

## 1. Conceito, Definição e Modalidades de Aviso Prévio

A doutrina conceitua o aviso prévio trabalhista, basicamente, como uma comunicação que uma parte faz à outra de sua intenção de rescindir o contrato de trabalho por prazo indeterminado.

O aviso prévio tem por finalidade evitar a surpresa na ruptura do contrato de trabalho, possibilitando ao empregador o preenchimento do cargo vago e ao empregado uma nova colocação no mercado de trabalho. Importante observar que as normas coletivas de trabalho podem estipular condições mais benéficas que as previstas na legislação vigente, inclusive no que concerne ao aviso prévio.

### 1.1. Definição

Aviso prévio é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho por uma das partes, empregador ou empregado, que decide extingui-lo, com a antecedência que estiver obrigada por força de lei.

Pode-se conceituá-lo, também, como a denúncia do contrato de trabalho por prazo indeterminado, objetivando fixar o seu termo final.

## 1.2. Modalidades

Registramos a existência de apenas duas modalidades de aviso prévio:

- **aviso prévio indenizado;**
- **aviso prévio trabalhado.**

Ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, poderá ele optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, da mesma forma, quando o empregado pede demissão.

### 1.2.1. Aviso Prévio Trabalhado

É aquele que uma das partes comunica à outra da sua decisão de rescindir o contrato de trabalho ao final de determinado período, sendo que, no transcurso do aviso prévio, continuará exercendo as suas atividades habituais.

Sendo rescindido o contrato de trabalho por iniciativa do empregador, ocorrerá a redução da jornada de trabalho do empregado ou a falta ao trabalho por 7 (sete) dias corridos.

Ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, o mesmo cumprirá a jornada de trabalho integral, não havendo redução e nem falta ao trabalho.

#### 1.2.1.1. Dispensa de Cumprimento do Aviso Prévio Trabalhado

Tendo o empregador rescindido o contrato de trabalho, sem justa causa, com aviso prévio trabalhado, e sendo este um direito irrenunciável do empregado, o pedido de dispensa do cumprimento não exime o empregador de efetuar o pagamento do respectivo aviso prévio, salvo se o empregado comprovar que obteve novo emprego.

Esta comprovação se faz através de uma carta do novo empregador em papel timbrado.

Tendo o empregado rescindido o contrato de trabalho, ou seja, pedido de demissão, poderá solicitar ao empregador a dispensa do cumprimento do aviso prévio, cuja concessão é uma faculdade do empregador, ou seja, o empregador poderá ou não liberar o empregado do aviso prévio, a seu critério.

### 1.2.2. Aviso Prévio Indenizado

Considera-se aviso prévio indenizado quando o empregador determina o desligamento imediato do empregado e efetua o pagamento da parcela relativa ao período de aviso.

Também considera-se aviso prévio indenizado quando o empregado se desliga de imediato, e o empregador efetua o desconto do valor respectivo.

Quando à natureza jurídica do Instituto, **Alice Monteiro de Barros**, sustenta que, se houver prestação de trabalho no período, o aviso prévio terá **natureza de salário** e, se não houver, de **indenização**.

O aviso prévio laboral deve partir da leitura da norma que o estabelece no direito pátrio, ou seja, o art. 487 da CLT. Eis a redação do dispositivo:

“Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de: (...)

§ 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço;

§ 2º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá, ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.

...

§ 4º É devido o aviso prévio na despedida indireta.

Vejamos, agora, duas importantes circunstâncias que envolvem a concessão do aviso prévio. Deste ponto em diante, porém, tendo em vista o propósito deste estudo, focaremos apenas o aviso prévio dado pelo empregador.

A primeira circunstância a destacar é que o **ato jurídico dação do aviso prévio**, que ocorre em determinado momento, não se confunde com a própria rescisão contratual, que só pode ocorrer em um momento posterior. Tanto assim que a CLT, no § 6º de seu art. 487, estabelece que, mesmo quando o empregado pré-avisado recebe antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, esse período integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Além disso, também deve ser destacado que o fato de a parte pré-avisar a outra de sua intenção de rescindir o contrato não implica, necessariamente, nessa rescisão, pois, até o final do prazo do aviso, a parte notificante pode desistir da rescisão (desistência que só surte efeitos se a outra parte aceita essa reconsideração). É o que prevê no art. 489 da CLT, *litteris*:

“Art. 489 - Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.”

Também é preciso destacar que o fato de a parte pré-avisar a outra de sua intenção rescisória não retira do contrato a característica de contrato por prazo indeterminado. Especificamente neste sentido, inclusive, já se posicionou a 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao julgar o Recurso Ordinário no processo nº 02990047977, em julgamento realizado em 9/12/1999 e publicado em 22/2/2000, com relatoria da Desembargadora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da



Silva, que ficou assim ementado:

“(…)

**II) AVISO PRÉVIO. CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. NÃO TRANSMUTAÇÃO EM CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO.** Sendo cumprido ou indenizado, o aviso prévio nada mais é do que a formalidade da comunicação antecipada, exigida na rescisão do contrato por prazo indeterminado, da qual não se pode extrair força disruptiva ou eficácia para transmudar a natureza originária daquele ajuste ou de seccioná-lo em contratos sucessivos e distintos em que um derradeiro segmento, autônomo, teria início com a notificação terminativa e bloquearia a aquisição e constituição de novos direitos. A tanto equivale restringir os efeitos da projeção ficta temporal às vantagens econômicas do período, taxativamente enumeradas como salários, reflexos e verbas ditas rescisórias. A conclusão só pode ser a de que o mero aviso da determinação de uma data para o fim do ajuste, até então sem prazo terminal, não constitui, por si só, direito adquirido à intangibilidade do curso extintivo unilateralmente instaurado, ainda mais quando a própria lei prevê que a rescisão apenas se torna efetiva depois de expirado o respectivo prazo e autoriza a reconsideração do pré-aviso antes do seu termo (art. 489 da CLT e parágrafo único). ”

A CLT só admite contrato de trabalho a prazo determinado quando se tratar (1) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, (2) de atividades empresariais de caráter transitório, ou (3) de contrato de experiência (art. 443, § 2º)[1]. E, como ensina Delgado (2005, p. 520), “contratos a termo são aqueles cuja duração temporal é preestabelecida desde o nascimento do pacto, estipulando como certa e previsível a data de extinção da avença”.

Então, como a comunicação do empregador de sua intenção de rescindir o contrato não configura uma das hipóteses de contratação a prazo determinado, além de ser fato que ocorre quando esse contrato já está em execução, fica claro que a concessão do aviso prévio não tem o efeito de convolar um contrato a prazo indeterminado num contrato a termo.

Passemos agora ao último tema relacionado a aviso prévio cuja abordagem é necessária para que atinjamos os objetivos visados com este trabalho. Referimo-nos **ao aviso prévio indenizado**.

Como se sabe, permite nosso direito que, ao conceder aviso prévio, o empregador suprima a prestação de trabalho já de imediato. E, justamente porque inexistente prestação de trabalho, também não pode existir sua contraprestação, o recebimento de salário.

Ora, esse não-recebimento de salário é, evidentemente, um dano para o empregado. E como o causador desse dano é o empregador, torna-se ele responsável por indenizar o empregado. É isso que expressamente determina o art. 487 e seu § 1º da CLT e é por isso que o aviso prévio, nessa hipótese, recebe o adjetivo de indenizado.

Neste sentido, vejam-se as palavras de Gunther e Zornig (2004, p. 66):

**“Existe, também, o chamado aviso prévio indenizado, mas, em verdade, ele nada mais é do que uma indenização substitutiva por inadimplemento da obrigação.**

(…)

Não há prestação do trabalho por conveniência do empregador, que opta por romper imediatamente o vínculo, sem conceder o prazo de pré-aviso que a lei impõe. A importância que se paga a título de aviso prévio tem

por fim indenizar ou reparar dano sofrido pelo empregado pela sua falta, sem perder, no entanto, ao mesmo tempo, o seu caráter de salário pago antecipadamente para permitir o rompimento imediato do vínculo. Inteligência do art. 487, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.”

Além disso, e também pelo fato de que a prestação laboral é dispensada exclusivamente pelo empregador, a lei também estabelece que o aviso indenizado gera os mesmos efeitos que o trabalhado, com seu período respectivo integrando o contrato para todos os fins (CLT, art. 487, § 1º *in fine*). Inclusive, o TST já firmou que “a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado” (Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 82).

Até aqui, tratamos apenas do aviso prévio, firmando que (1) o aviso prévio devido pelo empregador é condição para que ele possa rescindir o contrato de trabalho, sendo que (2) a dação do aviso não transmuda a natureza do contrato de contrato por prazo indeterminado para contrato a prazo e (3) nem tampouco implica na extinção do contrato – ela apenas abre a possibilidade para que isso ocorra, (4) mesmo quando esse aviso prévio seja indenizado.

Passemos agora à análise da “estabilidade provisória” da empregada gestante.

## 2. A Estabilidade Da Empregada Gestante

“*Ab initio*”, estabilidade no trabalho é tida como um direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do seu empregador.

A constituição Federal, veda a dispensa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, garantindo, portanto, a estabilidade provisória de emprego, consoante estabelece **no art. 10,II, “b” do ADCT/CF/88, salvo nos casos de demissão por justa causa..**

Tal normativo legal confere as grávidas a chamada “*estabilidade provisória*” ou “*garantia no emprego*”, visando, sobretudo, proteção e segurança mínimas ao nascituro em seus primeiros meses de vida, que poderiam ser comprometidas no caso de desemprego repentino de sua mãe.

Ocorre que não obstante seja a redação de citado artigo objetiva e de fácil entendimento, sua aplicabilidade prática, em determinadas situações, tem se transformado em verdadeiros desafios jurídicos postos ao enfrentamento dos operadores do direito.

Um desses maiores desafios práticos reside na questão de se saber aplicável ou não a estabilidade da gestante quando a confirmação da gravidez ocorre em momento no qual a obreira já esteja cumprindo período de aviso prévio. Em suma, já havendo o empregador demonstrado interesse em rescindir o contrato de trabalho da empregada e vindo esta a engravidar no curso do aviso prévio, teria a mesma direito de permanecer no emprego até cinco meses após o parto?

O problema, de início, passa necessariamente pela compreensão da incidência que o período de aviso prévio possui no contrato de trabalho prestes a findar-se.

Pelo que regulamenta o artigo 487, § 1º e § 6º da CLT, tal período deve ser computado ao tempo de trabalho da empregada para todos os fins, veja-se:

Analisando a norma acima, conclui-se que não há diferença alguma entre todo o período no qual a empregada prestou seus serviços ao empregador e o curto período de aviso prévio. São ambos considerados tempo de serviço para todos e quaisquer fins.

Nesta mesma linha de pensamento, há também como concluir que o contrato de trabalho então vigente somente poderá ser tido como rescindido após o total transcurso do prazo referente ao aviso prévio, seja ele prestado de forma indenizada ou trabalhada, já que a lei



não fez qualquer distinção, nos termos dos parágrafos acima transcritos. Este argumento torna-se inatacável ante a redação do artigo 489 da CLT:

Ora, se pode o empregador reconsiderar seu ato mesmo após já haver concedido aviso prévio a trabalhadora e se o contrato de trabalho, daí por diante, continuará a fluir como se aviso algum houvesse sido prestado, é evidente que a rescisão contratual somente se operará, de fato, findo o prazo de aviso prévio.

Desta forma, ante a comprovação de que o período em aviso prévio deve integrar o tempo de serviço para todos os fins e que a rescisão do contrato de trabalho somente se torna efetiva quando já finalizado tal período, fácil seria concluir que mesmo ocorrendo a confirmação da gravidez quando em curso o período de aviso prévio, teria a empregada gestante direito a estabilidade provisória. É neste sentido, inclusive, o posicionamento de parte dos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme se extrai dos julgados abaixo:

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE - AVISO PRÉVIO GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GRAVIDEZ NO PRAZO DO AVISO PRÉVIO - O aviso prévio, ainda que indenizado, integra o tempo de serviço, para todos os efeitos legais. Está garantida pela estabilidade provisória a gestante que engravidou no curso do pré-aviso.** (TRT-03 T-04 Proc: 4597-1989 – Rel Nilo Álvaro Soares. DJMG 22/06/1990) (grifos nossos)

**GESTANTE. AVISO PRÉVIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.** Tendo a trabalhadora sido pré avisada de sua dispensa em 22.05.03, tem-se que, **mesmo que o início da sua gravidez tenha ocorrido durante o período do aviso prévio, este integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais, ainda que indenizado.** (...) (TRT-02. T.06. Proc: 01975-2003-029-02-00-7. Rel. Valdir Florindo. DJ: 16/09/2005) (grifos nossos)

**GESTANTE. AVISO PRÉVIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.** Embora a gravidez tenha sido confirmada no curso do aviso prévio, o fato não retira da empregada o direito à garantia constitucional da estabilidade provisória, posto que a finalidade precípua de tal instituto é a tutela

do nascituro. (TRT-06 T-01. Proc: 01389-2003-009-06-00-6. Rel. Valéria Gondim Sampaio. DJ 06/07/2005) (grifos nossos)

O Tribunal Superior do Trabalho – TST, contudo, não possui este mesmo entendimento; muito pelo contrário. O órgão máximo da esfera trabalhista, que, por conseguinte, acaba por dar a última palavra em relação às celeumas que lhes são postas a apreciação, entende que a trabalhadora que engravida no curso do aviso prévio indenizado não possui o direito de permanecer no emprego até cinco meses após o parto.

O TST fundamenta este posicionamento com base na sua Súmula nº 371, que afirma que os efeitos do período de aviso prévio indenizado limitam-se às vantagens econômicas obtidas em tal período, ou seja, a trabalhadora teria direito a receber salários, FGTS, pagamento de férias, 13º salário, dentre outros, por caracterizarem-se tais verbas em vantagens econômicas, mas não teria o direito de adquirir estabilidade provisória, por faltar-lhe tal caracterização. Eis o teor de citada Súmula:

**SÚMULA Nº 371 - AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTA.**

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretiza os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.

Veja-se também sua aplicação em alguns julgados do TST:

**RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE GESTANTE - CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO - SÚMULA Nº 371 DO TST A concepção ocorrida no prazo do aviso prévio não confere à trabalhadora a estabilidade provisória.** No caso, verifica-se a incidência da Súmula nº 371 do TST, na qual se

estabelece que a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-1981/2006-203-02-00, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DEJT – 04/05/2009) (grifos nossos):

**RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - EFEITOS - SÚMULA 371 DO TST. Hipótese em que a Reclamante engravidou no período do aviso prévio indenizado, quando já rescindido o contrato de trabalho.** A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pelo aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas nesse período, não abarcando a estabilidade pretendida. Recurso de Revista de que não se conhece (TST-RR-721/2003-004-15-00.4, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DJ de 20/10/06).” (grifos nossos):

**GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ POSTERIORMENTE À RESILIÇÃO CONTRATUAL IRRELEVÂNCIA - CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO INABILITAÇÃO DO DIREITO À GARANTIA DE EMPREGO.** (...) III - Entretanto, no caso dos autos, verifica-se a peculiaridade assinalada na decisão recorrida de a concepção ter ocorrido no prazo do aviso prévio indenizado, desabilitando a recorrente à garantia de emprego e aos consectários legais, nos termos da Súmula 371 do TST (ex-OJ 40 da SBDI-1), segundo a qual A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. Recurso não conhecido. (TST-RR – 933/2007-013-12-00, Rel. Ministro Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT – 07/08/2009) (grifos nossos):

É equivocada a posição do TST. Primeiro porque a redação do artigo 10, II, “b” do ADCT é objetiva e exige apenas e tão somente que a gravidez seja confirmada no curso do contrato de trabalho, para que então possa a gestante gozar de sua estabilidade provisória. Mais nenhuma outra

condição foi requerida.

Ademais, independentemente de ter sido o aviso prévio prestado de forma indenizada ou trabalhada, ele sempre integrará o contrato de trabalho para todos os fins, nos exatos termos dos artigos da CLT vistos acima. Os efeitos gerados por ambas as espécies de aviso prévio são exatamente os mesmos, pouco importando se a empregada trabalhou no período ou recebeu indenização equivalente. Não há concessões nem ressalvas quanto a isso.

Por fim, também incabível a argumentação de que a mera concessão de aviso prévio pelo empregador possui o condão de rescindir o contrato de trabalho, eis que tal hipótese somente ocorrerá depois de expirado totalmente o período de aviso prévio, ainda que indenizado.

Assim, só há como concluir que mesmo havendo a empregada engravidado no curso de seu aviso prévio, fará jus a permanência no emprego por pelo menos cinco meses após o parto. É neste sentido que convergem todos os normativos legais sobre o tema.

No nosso entender, o TST exerce inaceitável função legislativa no momento em que usa do entendimento estampado em sua Súmula 371 para inadmitir a estabilidade da trabalhadora que engravida no período de aviso prévio, cabendo, inclusive, o questionamento constitucional de aludida súmula de jurisprudência, mediante a interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, perante o STF.

## 2.1. Salário - Maternidade e a Estabilidade Provisória

A licença maternidade não se confunde com a estabilidade provisória da gestante. A licença maternidade é o período de 120 dias em que a empregada fica afastada do emprego pelo INSS.

Está prevista “ a **licença maternidade**” no art. 392,



caput da CLT .

## 2.2. Natureza Jurídica do Salário – Maternidade

O salário- maternidade é um benefício previdenciário, sendo pago pela Previdência e não pelo empregador, conforme dispõe art.71 da Lei 8.213/91.

Segundo Pinto Martins(2008,p.332): **“O salário maternidade é um pagamento feito pelo INSS á empregada durante os 120 dias da licença-matrnidade.O tempo de serviço é contado normalmente durante o afastamento, tratando-se, assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.[...] terminando o afastamento, as obrigações mútuas contratuais continuam como se não tivesse havido interrupção”**.

### Conclusão

No presente trabalho, foi discutido o Instituto do aviso-prévio, sua natureza jurídica e seus feitos e as consequências do fato de ele ser indenizado(aviso-prévio não trabalhado), bem como a questão da garantia provisória de emprego da empregada gestante , e o alcance que se pode dar à súmula 371 da jurisprudência uniforme do TST, tudo com o intuito de expor as razões pelas quais se defende que a gestante que engravida no curso de aviso prévio, seja trabalhado ou seja indenizado, tem direito à estabilidade provisória.

Malgrado, os tribunais e turmas do TST têm expressado entendimentos diversos, ora reconhecendo a estabilidade, ora não. Há forte tendência em não reconhecer a estabilidade quando o aviso é indenizado, tendo em vista a redação da mencionada Súmula 371 do TST. Outras decisões reconhecem a estabilidade quando o aviso prévio é trabalhado.

Contudo, há que se buscar a interpretação que busca sempre inspiração no princípio da proteção ao hipossuficiente, buscando neste contexto garantir o emprego contra dispensa injusta e discriminatória, além de assegurar o bem – estar do nascituro, pois, a concessão

da estabilidade da gestante relaciona-se à dignidade da pessoa humana e do bem – estar do nascituro, de modo que direitos **fundamentais previstos na CF/88, com a proteção à maternidade e à infância (art.6º e 7º, XVIII), à família (art.226), à criança e ao adolescente(art.227)** não poderiam ser restringidos por interpretação da jurisprudência.

### Referências Bibliográficas

**BARROS, Alice Monteiro** de .Curso de direito do trabalho. 2ª Edição.São Paulo: LTr, 2006.

**CORDEIRO, João,** Direito do Trabalho na Prática: da admissão à demissão. 1ª Edição, São Paulo: Rideel, 2012

**DELGADO, Maurício Godinho.** Ministro. informativo TST processo **E-EDRR-249100-26.2007.5.12.20004**

**MARTINS, Sérgio Pinto.** Direito do trabalho, 24 ed. São Paulo:Athas. 2008

\_\_\_\_\_.**Constituição da República Federativa do Brasil,** DE 05 DE OUTUBRO DE 1988(atualizada)

\_\_\_\_\_.**Plano de Benefícios.** Lei 8213 de 24 de julho de 1991(atualizada)

\_\_\_\_\_.**Consolidação das Leis do trabalho.**Decreto-lei nº 5452, 1 de maio de 1943(atualizada)



# Proteção Ao Trabalho Da Mulher

## Sumário

Resumo

Introdução

1. Proteção ao Trabalho da Mulher

2. Da Não Observância do Artigo 384 da Clt 3.

Conclusão

Referências Bibliográficas

**Palavras-chave:** Proteção ao trabalho da mulher. Concessão de descanso especial. Necessidade ou não da proteção.

---

**Aline Fernanda Escarelli  
Aline Santos Vanderley Peruchi  
Fernanda Vieira Martins Ferreira**

---

## Resumo

O presente estudo acadêmico tem por objetivo observar as principais questões que permeiam o trabalho da mulher. Pois, como é cediço historicamente a mulher sempre recebeu tratamento diferenciado e discriminatório. Dito isso, importante destacar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I, prevê que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações e o artigo 7º, XX e o XXX, estipulam a proteção ao trabalho da mulher, e também a proibição de diferenças de salários, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Importante destacar, que as medidas de proteção, só se justificam em certas situações peculiares. No entanto, a CLT mantém artigos que regulam essas situações protecionistas que alguns juristas dizem que são discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, porém a vontade da lei deve ser respeitada, qual seja, de garantir o citado intervalo ao iniciar a jornada extraordinária de trabalho, pois conforme será abordado no decorrer da presente pesquisa, o artigo 384 da CLT não foi revogado e sim recepcionado pela Constituição Federal

## Introdução

Na Revolução Industrial o trabalho da mulher foi muito utilizado porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, mesmo realizando serviços idênticos.

A prestação de serviço naquela época desenvolvido pela mulher era de modo a não respeitar a jornada de trabalho cumprindo até 16 (dezesesseis) horas por dia, em condições prejudiciais à saúde e nenhuma proteção à maternidade.

Com base nesses problemas começaram a surgir normas de proteção ao trabalho da mulher. Na vanguarda de regras protetivas, a Inglaterra a partir de 1842 proibiu o trabalho da mulher em subterrâneos, limitou a jornada de trabalho e a jornada noturna, bem como vedou os trabalhos perigosos e insalubres.

Após isso, outros países da Europa começaram a estabelecer também medidas protetivas ao trabalho da mulher que culminou no tratado de Versalles estabelecendo o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, na qual o Brasil aderiu.

A presente pesquisa abordará sinteticamente a proteção ao trabalho da mulher, em relação ao intervalo especial concedido por ocasião da realização de jornada extraordinária.

A relevância do presente estudo está na problemática em torno desse direito, eis que o citado artigo em suma beneficia ou prejudica. Se tal fato é discriminatório ou protetivo e se conseqüentemente, poderá ou não afastá-lo do mercado de trabalho. Ainda, se a norma protecionista é usual e efetivamente é concedida as trabalhadoras.

O objetivo principal do estudo é apontar a problemática relacionada à prestação de serviço da mulher na jornada extraordinária, o não cumprimento de seus direitos e as questões relacionadas ao seu descumprimento e conseqüentemente a sanção respectiva, se eventualmente

prevista. Enfim, a finalidade precípua é de informar o leitor, que não possui o conhecimento e a informação desse direito previsto no artigo 384 da CLT.

## 1. Proteção ao Trabalho da Mulher

A Constituição Federal de 1988 preceitua em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e o inciso I preceitua que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Importante destacar que as constituições anteriores não tratavam do tema proteção do mercado do trabalho da mulher.

Ainda, o artigo 7º, incisos XX e XXX disciplina que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, com a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Já a CLT prevê em seu artigo 384 que "em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho".

Discute se o citado artigo foi revogado com a Constituição Federal 1988, haja vista o disposto no artigo 5º, I, eis que para o trabalhador do sexo masculino não se assegurou idêntico direito.

Note-se que o jurista Sergio Pinto Martins explica (2012, p. 69):

O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do



horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher.·.

Partilhou desse mesmo entendimento a autora Alice Monteiro de Barros (1995, p. 479):

Considerando que é um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social, propomos a revogação expressa do artigo 376 da CLT, por traduzir um obstáculo legal que impede o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho. Em consequência, deverá também ser revogado o artigo 384 da CLT, que prevê descanso especial para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada. Ambos os dispositivos conflitam com os artigos 5º, I, e artigo 7º, XXX, da Constituição Federal.

Tem-se ainda a Instrução Normativa nº. 1 editada pelo Ministério do Trabalho em 12 de outubro de 1988, nos seguintes termos:

O art. 5º da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei e que não deve haver distinção de qualquer natureza.

Por outro lado, o inciso I do referido artigo preconiza que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", sendo que o inciso XXX, do art. 7º, proíbe diferença de exercício de funções, de critério de admissão e de salários, por motivo de sexo.

Face a esses dispositivos constitucionais, não cabe ao Poder Executivo, em especial ao Ministério do Trabalho, criar restrições ao trabalho da mulher. Assim, no que concerne à jornada, seja quanto à hora extra ou compensação de horas, seja quanto ao trabalho noturno, aplicam-se à mulher os dispositivos que regulam o trabalho masculino. Devem-se observar as restrições ao trabalho da mulher apenas quando menor, conforme item 3, desta Instrução.

Face aos dispositivos constitucionais citados, defendidos pelos Autores acima e pela Instrução Normativa, não

caberia em tese, ao Poder Executivo, em especial, ao Ministério do Trabalho criar restrições ao trabalho da mulher em detrimento ao trabalho do homem, sob pena de violar direitos constitucionais.

Mercê disso, os defensores da não aplicabilidade do artigo 384 da CLT consideram inconstitucional toda e qualquer restrição ao trabalho da mulher, salvo, aquelas relacionadas com sua natureza, como por exemplo, a licença maternidade, prestigiando a igualdade entre homem e mulher.

A Lei nº. 7.855/89 revogou vários artigos da CLT, que restringiu o trabalho da mulher, como os artigos 18, 19, 27, 28, 43, 44, 324, 374, 375, 378, 379, 380, 387, 418, 446 da CLT e demais condições em contrário. Todavia, o artigo em comento continua em vigor.

Apesar disso, o referido artigo de certo modo é pouco utilizado, eis que não há a informação e conhecimento das empregadas e dos respectivos Sindicatos de Classe.

Abordados tais posicionamentos, convém mencionar entendimentos diversos quanto à questão, por considerar a regra discriminatória e redutora do mercado de trabalho da mulher.

O Ministro Mauricio Godinho Delgado, relator do Recurso de Revista da trabalhadora, adotou o entendimento do Pleno do TST:

[..] pelos argumentos expostos, a norma do artigo 384 da CLT tanto representa uma medida de higiene, saúde e segurança, quanto é um dos benefícios em decorrência do ônus da dupla missão, familiar e profissional, a que corresponde o bônus da aposentadoria antecipada e da concessão de vantagens específicas. Há ainda o aspecto de proteção da natureza fisiológica da mulher.

Porém, questão importante a se considerar, é que a mulher não exerce suas atividades adstritas ao ambiente de trabalho, ela possui jornada dupla ou tripla de trabalho,

em razão dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos, além do que a sua condição física e hormonal é diferente da do homem.

Partilha desse mesmo entendimento, o Ministro Ives Gandra Martins Filho no julgamento do Recurso de Revista (0176500-79.2009.5.03.0103 – RO):

[...] não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre casal, o peso maior da administração à casa. Por mais que se dividam as tarefas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.

Na mesma ordem de ideia, a Jurisprudência, atenta a essa situação julgou (TRT-PR-RO 2.659/01. Rel Juiz Roberto Dala. AC. 29.654/01. DJ/PR 19.10.01):

TRABALHO DA MULHER. O artigo 384, da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A discussão em torno da constitucionalidade do artigo 384 do código celetista restou pacificada no sentido de recepcionar referida norma, não constituindo, portanto, discriminação ao conceder a mulher o intervalo de 15 (quinze) minutos. Esse foi o julgamento do incidente de inconstitucionalidade no TST de nº. 1540/2005-046-12.00.5, julgado no dia 17/12/2008.

Feitas essas considerações e observados os dois posicionamentos retratados acima, um que trata o artigo 384 da CLT como norma discriminatória e outro, como

norma benéfica à trabalhadora, salienta-se que o citado artigo não é discriminatório, eis que prestigia o princípio constitucional, muito bem observado pelo jurista NERY JUNIOR (1999) onde, “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

## 2. Da Não Observância do Artigo 384 da Clt

A inobservância da concessão do intervalo de 15 (quinze) minutos antes do início do período extraordinário do trabalho implica em infração administrativa, sendo também, exigível o pagamento como hora extra.

O referido intervalo não será computado na jornada de trabalho, e nem tampouco, remunerado, assim, não se justifica a não concessão, tendo em vista que o empregador não tem nenhum ônus em conceder o intervalo.

Esse foi o entendimento da 5ª Turma do TRT-MG que condenou a empresa a pagar como extras o intervalo de 15 (quinze) minutos não usufruídos pela empregada. Igualmente o TST sobre o tema deferiu a reclamante o pagamento, como extras, de 15 (quinze) minutos diários pela não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT e para o cálculo deve ser observada a jornada de trabalho fixada na sentença com o adicional de 90% e reflexos.

Posto isso, o empregador que não concede o intervalo está descumprindo a lei e automaticamente prejudicando a saúde e hígidez física da trabalhadora, eis que não se trata de letra morta no ordenamento jurídico, considerando os recentes julgados retro colacionados.

## Conclusão

Alguns dispositivos da CLT já não se justificam, em razão da igualdade entre homens e mulheres, previstos no art. 5º, da CF/88. No entanto, o artigo 384 da CLT em questão, é norma protetiva à mulher e plenamente

justificável, em razão da condição especial que possui.

Convém mencionar, que trata-se de um direito à trabalhadora e não de legislação discriminatória em razão de sexo, devendo ser aplicada sem ressalvas, tendo em vista o princípio da norma mais favorável possuir aplicabilidade imediata.

Outrossim, não se pode deixar de consignar que referido texto de lei não prejudica a mulher no mercado de trabalho, sendo certo que o empregador não optará pela mão de obra masculina, em detrimento da feminina, em razão do intervalo de 15 (quinze) minutos concedido à mulher antes de eventual jornada extraordinária.

Concluimos, portanto, que a norma em comento não é fator preponderante de extrapolamento de normas de proteção, nem tampouco, de discriminação com relação ao homem.

Sinteticamente, a norma do artigo 384 da CLT representa uma medida de higiene, saúde e segurança, além de ser um direito da mulher reconhecido por lei, em razão de sua dupla missão, familiar e profissional, tal como outros direitos legalmente reconhecidos, como da aposentadoria antecipada, do intervalo para amamentação, licença maternidade.

Tal direito leva em conta a condição especial da mulher (física e hormonal), que não pode ser considerada para o homem, como a força física. É vedado ao empregador contratar a mulher para exercer serviço que exija sua força muscular superior a 20 quilos para trabalho contínuo e 25 quilos para trabalho ocasional. Já para o homem a restrição não é a mesma, porque é claro que o homem dispensa maior força muscular.

Logo, considerando as interpretações sistemáticas e analógicas, tem-se que o preceito contido no art. 384 da CLT, num paralelo com os artigos 59, 61 e 71, parágrafo 1º, da CLT, poderia ser aplicado em todos os casos de prorrogação de jornada a todo trabalhador,

se estendendo também ao homem.

Essa certamente seria a melhor interpretação da lei, com aplicação indistintamente para ambos os sexos, com o fito de resguardar o bem estar físico e psíquico do empregado, seja homem ou mulher, considerando que os direitos conquistados não devem ser mitigados, pelo contrário, devem estar ao alcance de todos.

### Referências Bibliográficas

**ALMEIDA, Amador Paes de. CLT Comentada:** legislação, doutrina, jurisprudência. 2ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

**BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1995.

**BRASIL, Ministério do Trabalho e Previdência. Acesso em 27/07/2012. Disponível em:** [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BDA649F59102F/in\\_19881012\\_01.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BD96D6A012BDA649F59102F/in_19881012_01.pdf)

\_\_\_\_\_. **Constituição Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. TRT-PR-RO 2.659/01. Rel Juiz Roberto Dala. AC. 29.654/01. DJ/PR 19.10.01.

**COSTA MACHADO. CLT INTERPRETADA.** Ar tigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3ª ed. Barueri, SP: Manoele.

**NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

**NERY JUNIOR, Nelson. Direito Constitucional.** São Paulo, Saraiva: 1999.



# **E**stabilidade no Emprego: A Estabilidade da Gestante Durante o Aviso Prévio Indenizado

## **Sumário**

Resumo

Introdução

1. Conceito De Estabilidade E Seu Breve Histórico
  2. Da Estabilidade No Emprego Da Gestante
    - 2.1. Gravidez Durante O Período De Aviso Prévio Indenizado
- Conclusão

Referências Bibliográficas

**Palavras-chave:** Estabilidade Provisória da Gestante; Aviso Prévio

---

**Edenilda Ribeiro Dos Santos  
Maurício Almeida Joppert  
Priscilla Ceola Stefano Pereira  
Talita Solyon Braz**

---

## Resumo

Uma das grandes conquistas da mulher na segunda metade do século passado no Brasil foi a sua inclusão no mercado de trabalho. Contudo, ainda hoje, faz-se necessária a criação de normas que a protejam contra a discriminação. À mulher foi conferido o direito à estabilidade no emprego durante a gravidez, entretanto algumas situações ainda não foram regulamentadas claramente. É o caso, por exemplo, da gravidez ocorrida durante o curso do aviso-prévio trabalhado ou indenizado. Na doutrina e jurisprudência predomina o entendimento de que a gestante possui o direito à estabilidade no emprego quando a gravidez ocorre durante este lapso de tempo, seja ele trabalhado ou na forma indenizada. A divergência maior consiste, entretanto, quanto à necessidade de confirmação ainda durante o aviso prévio. No presente artigo concluímos que o direito à estabilidade independe de efetiva confirmação e comunicação ao empregador, haja vista os preceitos maiores da Dignidade da Pessoa Humana e a interpretação teleológica do texto normativo.

## Introdução

Nos dias atuais, com a inclusão cada vez maior da mulher no mercado de trabalho, se faz necessária a adoção de medidas que visam protegê-la.

Dessa forma, a estabilidade no emprego para gestantes foi uma conquista histórica, não podendo esse direito social servir de instrumento para locupletamento de quem quer que seja.

Portanto, a estabilidade provisória da gestante visa proteger não somente a mulher gestante, mas ao nascituro também, pois pensar o contrário seria prestigiar abusos, em flagrante prejuízo das demais trabalhadoras, fomentando, também, a discriminação na contratação de mulheres.

O presente trabalho pretende demonstrar, através da jurisprudência e da doutrina, os diferentes pontos de vista em relação a estabilidade da gestante durante o período de aviso prévio indenizado.

### 1. Conceito De Estabilidade E Seu Breve Histórico

Nos dizeres do Professor Amauri Mascaro, "(...) *a de estabilidade no emprego, assim considerado o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei*".<sup>1</sup>

A estabilidade do emprego visa sobre tudo a segurança do trabalhador diante de determinadas circunstâncias de vulnerabilidade do empregado. O emprego, sem dúvidas, é a principal fonte de subsistência do empregado e de sua família, por esta razão, ao longo da história a legislação evoluiu no sentido de resguardar a garantia do emprego

No Brasil, a literatura aponta que a estabilidade tem sua origem no serviço público, com previsão legal no artigo 149 da Constituição Federal de 1824, que definiu

a carreira dos oficiais do Exército e Forças Armadas. Com advento da Lei nº 2.924/1915, foi conferida, também, ao servidores públicos a estabilidade do emprego quando alcançassem 10 (dez) anos de serviço. No setor privado, alguns anos mais tarde a Lei "Eloy Chaves" (Decreto nº 4.682/1923), consagrou dispositivos que dificultavam a dispensa de empregados idosos e doentes, bem como, estabeleceu a estabilidade decenal, ou seja, os empregados com mais de 10 (dez) anos de serviço, somente poderiam ser despedidos se presente um motivo grave constatado através de inquérito administrativo.

Outrossim, o mencionado Decreto inspirou muitas outras legislações a também conferirem o direito a estabilidade à outras categorias, dentre elas, os bancários (artigo 919 da CLT).

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho consagrou a estabilidade decenal a todas as categorias (artigo 492 a 500). Em 1967, a Constituição Federal permitiu aos empregados que optassem entre a estabilidade decenal e Fundo de Garantia.

A atual Constituição Federal estabelece a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, e não retirou como direito adquirido à estabilidade decenal anteriormente conferida (artigo 7º, inciso I).

Dentre as diversas hipóteses de estabilidades previstas no atual ordenamento jurídico, o presente artigo científico abordará brevemente à conferida à empregada gestante, principalmente no que se refere a possibilidade de estabilidade no emprego para gestante durante o período de aviso prévio indenizado.

### 2. Da Estabilidade No Emprego Da Gestante

O artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT prevê que a trabalhadora gestante não poderá ser dispensada do emprego desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, salvo nas hipóteses de demissão por justa causa.

<sup>1</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, 26ª Ed., editora Saraiva, 2011, p. 1156



Sendo, assim, conferido às grávidas a conhecida “*estabilidade provisória*” ou “*garantia no emprego*”, com objetivos principais a proteção e a segurança ao nascituro em seus primeiros meses de vida, que poderiam ser comprometidas no caso de desemprego repentino de sua mãe.

Entretanto, sua aplicabilidade em determinadas circunstâncias constitui verdadeiros embates jurídicos, não obstante a redação do citado artigo seja objetiva e de fácil compreensão.

Uma dessas circunstâncias que desafiam os operadores do direito é a possibilidade ou não da atribuição de estabilidade à gestante quando da confirmação da gravidez durante período de aviso prévio, principalmente sendo ele indenizado.

## 2.1. Gravidez Durante O Período De Aviso Prévio Indenizado

Há relevante controvérsia acerca deste tema específico, de modo que o presente trabalho demonstrará as doutrinas que vem se formando, visando demonstrar os possíveis caminhos para dirimir a problemática.

Por primeiro, cabem destacar algumas considerações acerca do aviso prévio. Pelo que regulamenta o artigo 487, § 1º e § 6º da CLT, tal período deve ser computado ao tempo de trabalho da empregada para todos os fins, veja-se:

Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de: (...)

§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

§ 6º O reajustamento salarial coletivo,

determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Portanto, de acordo com o preceito legal acima, o período de aviso prévio não se diferencia do tempo que a empregada prestou serviços ao empregador. Ambos são considerados tempo de serviço para todos e quaisquer fins.

Desta feita, o contrato de trabalho somente poderá ser tido como rescindido após o total transcurso do prazo referente ao aviso prévio, seja ele prestado de forma indenizada ou trabalhada, já que a lei não estabelece distinções.

Tal entendimento é ratificado por outro dispositivo do Diploma Consolidado Trabalhista. O artigo 489 da CLT consagra que a rescisão do contrato de trabalho somente se efetiva após o transcurso do aviso prévio, tanto que é permitido ao notificante reconsiderar o ato antes de seu término e ao notificado aceitar ou não a reconsideração.

O parágrafo único do dispositivo mencionado ainda estabelece que em havendo aceitação o contrato de trabalho continuará a vigorar, como se não existisse a concessão do aviso prévio.

Dessa forma, uma vez que o ordenamento legal estabelece que o período de aviso prévio deve integrar o tempo de serviço para todos os fins, mesmo sendo ele na forma indenizada, e que a rescisão do contrato de trabalho somente se torna efetiva quando do seu término, é possível concluir que ocorrendo a gravidez durante este interstício a empregada teria direito à estabilidade provisória.

A despeito deste tema, existem na doutrina e jurisprudência dois entendimentos acerca do exato momento da aquisição da estabilidade.

A primeira corrente defende que a estabilidade provisória somente seria conferida após a efetiva confirmação da gravidez através de exames médicos e a comunicação ao empregador. A este entendimento filia-se o Professor Sérgio Pinto Martins, que ensina:

A palavra 'confirmação' deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, de confirmá-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feita pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer, por ato formal, até cientificando por escrito que está grávida, pois do contrário, o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida.<sup>2</sup>

A segunda, por seu turno, confere tal direito independentemente deste ato de confirmação e posterior comunicação, pois considera o momento da concepção como marco da estabilidade.

Considera que por ser a responsabilidade do empregador objetiva, irrelevante é o seu desconhecimento a respeito da gravidez, com a premissa de que o importante é que a concepção, fato gerador do direito à estabilidade, haja ocorrido na vigência do contrato de trabalho, mesmo sendo durante o aviso prévio indenizado.

Este é o entendimento atual do Colendo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À ESTABILIDADE. O art. 10, II, 'b', do ADCT estatui que é vedada a dispensa imotivada da empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Da análise do

referido dispositivo, infere-se que a simples comprovação da gravidez é suficiente para que a empregada tenha reconhecido o seu direito à garantia no emprego, não se exigindo, portanto, nenhum outro requisito. Nesse enfoque, é irrelevante a ignorância do empregador ou da própria gestante sobre sua condição, a teor, inclusive, do entendimento sedimentado no item I da Súmula n.º 244 deste Tribunal Superior. Com efeito, a interpretação teleológica do mencionado dispositivo constitucional leva à conclusão de que a expressão confirmação de gravidez, deve ser entendida não como a confirmação médica, mas como a própria concepção do nascituro. A gravidez está confirmada no mesmo momento da concepção. Desse modo, quando o empregador despede sem justa causa a empregada gestante, ainda que disso não saiba, assume o risco dos ônus respectivos. Dessarte, sendo o direito à estabilidade provisória da gestante reconhecido desde o momento da concepção, não há como se afastar a mencionada estabilidade no caso da concepção ter ocorrido no curso do aviso prévio indenizado, uma vez que, no referido período o contrato de trabalho ainda se encontra vigente. Tal ilação decorre do entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial n.º 82 desta Subseção, que prevê que 'a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado'. Ademais, não se cogita da aplicação da Súmula n.º 371 desta Corte como óbice ao reconhecimento da estabilidade gestante, visto que os precedentes que originaram o referido verbete apenas analisaram a projeção do aviso prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva ou da aplicação retroativa de normas coletivas e não da estabilidade gestante. Recurso de Embargos conhecido e desprovido. (TST-ER-3656600-96.2002.5.06.0900, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, DEJT de 17/09/2010) (Grifo nosso)

Outrossim, esse entendimento se harmoniza com os preceitos da convenção n.º 103 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil, que proíbe a dispensa da empregada durante a licença

2 MARTINS, Sérgio Pinto, Comentários à CLT, 14ª Ed., 2010, p. 325

maternidade ou no seu prolongamento, bem como com a Súmula nº 244 do colendo Tribunal Superior do Trabalho:

O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT).

Não há de olvidar que a problemática refere-se a interpretação do artigo 10, II, b, do ADCT, enquanto para uns a interpretação mais correta seria a literal, para outros a mais coerente seria a teleológica.

### Conclusão

Analisando o tema, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante foi instituída de forma objetiva como um direito devido a partir da gravidez, visando a proteção da gestante e também do nascituro.

Com efeito, ainda que a concepção ocorra no curso do aviso prévio a gestante tem direito à estabilidade, considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade objetiva do empregador, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, b do ADCT, razoável a interpretação no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado.

Considerando que o aviso prévio projeta para o futuro os efeitos do contrato de trabalho, será irrelevante para estabilidade provisória da gestante se a concepção ocorreu durante o aviso prévio trabalhado ou indenizado.

### Referências Bibliográficas

**NASCIMENTO**, AMAURI MASCARO, CURSO DE DIREITO DO TRABALHO, 26ª Ed., EDITORA SARAIVA, 2011.

**MARTINS**, Sérgio Pinto, Comentários à CLT, 14ª Ed., 2010, p. 325



# B

## oas Ações Previdenciárias

---

**Adilson Sanchez** - Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; Mestre em Direito; Professor universitário em cursos de graduação e pós graduação; Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e em Direito Previdenciário da Escola Superior de Advocacia – ESAOABSP. Conferencista pela OAB/SP desde 1987; Responsável pelo curso “Advocacia Previdenciária”, ministrado há 10 anos na ESAOABSP e autor de livros, entre os quais “Advocacia Previdenciária”, ed. Atlas e “Tratado das Verbas Trabalhistas”, ed. LTr.

---

A Previdência Social se constitui num subsistema jurídico. Está inserida no contexto da Seguridade Social e tem por finalidade permitir a todo cidadão e sua prole, mediante contribuição, a subsistência, como determinado na Lei nº 8.213/1991, artigo 1º, conhecida por Lei de Benefícios.

Verifica-se uma relação jurídica previdenciária. Nela, o denominado segurado tem direito às prestações previdenciárias, seja um benefício – obrigação de dar, ou um serviço, obrigação de fazer. Ao Estado segurador, outro sujeito da relação, cabe arrecadar, fiscalizar e prestar.

Encontra-se, portanto, uma relação de benefícios e uma relação de custeio. A primeira regida pela Lei nº 8.213/1991. A segunda regida pela Lei nº 8.212/1991.

A manutenção do sistema exige que ambas as partes mantenham suas obrigações, permitindo o equilíbrio entre o que se arrecada e o que se paga. Mais do que isso, exige conduta ilibada, rigorosa, de modo a não criar obstáculos, dificuldades, desvios do caminho constitucional de promover a Justiça e o bem estar social, permitindo a todos uma vida digna e de superação dos seus infortúnios, que afligem a todos, ricos ou pobres, fortes ou fracos, quando se encontram numa situação de necessidade.

Contudo, não é exatamente esse valoroso panorama que encontramos na história da Previdência Social do país. Por um lado, não há limites aos fraudadores dos cofres públicos e por outro, o Estado segurador não prima pelo respeito à lei e se protege pelo escudo da defesa do erário público.

Essa dicotomia leva inúmeras vezes ao embate entre segurado e segurador, distanciando esse relacionamento da esperada harmonia e da pronta resposta ao anseio da sociedade, gerando incontáveis conflitos que desaguam no Judiciário.

Não sem razão, o Juizado Especial Federal (instituído

pela Lei nº 10.259/2001) é conhecido como se fosse um judiciário previdenciário (como é a Justiça do Trabalho nas relações trabalhistas). Mas não somente, toda a Justiça Federal recebe milhares de ações previdenciárias, tornando-se o seu principal afluente e gerando um paradoxo: o Estado segurador, garantidor da proteção social, acaba por ser o principal rival da sociedade civil, que é o seu objeto de cobertura social.

Se a ação é a invocação da tutela jurisdicional do Estado para dirimir os conflitos, não é de bom senso o atual quadro na relação previdenciária. Justamente porque envolve o próprio Estado para a solução dos conflitos de natureza previdenciária. É hilário e foge ao ideal previdencialista.

Sem, contudo, fazer apologia aos conflitos nesse campo, é certo também que esses próprios conflitos promoveram um despertar ao Direito Previdenciário, fazendo com que seja um dos ramos do direito mais solicitados, mais estudados e perseguidos. A justificativa para esse fenômeno não é isolada e não está, obviamente, restrita ao campo do desrespeito à legislação. Trata-se de um conjunto de fatores e não isoladamente uma única causa.

Mas quero destacar que as inúmeras ações previdenciárias fizeram com que se (re) descobrisse esse ramo, nobre ramo do direito, aprimorando suas instituições, fortificando sua existência. Sustento que nós, previdencialistas, não somos diferentes, mas somos especiais. Isso porque nosso arcabouço jurídico é mais amplo, em virtude das inúmeras ramificações desse ramo, interagindo-se com muita propriedade no Direito do Trabalho, Tributário, Penal, Constitucional, Civil, Ambiental, Internacional, Processual Civil, entre outros, mas sem perder a sua autonomia científica. Jamais.

Assim, estudiosos identificaram teses e buscaram, mediante a promoção de ações judiciais previdenciárias, inúmeras possibilidades de revisão de benefícios, apontando erros materiais e circunstâncias de má e duvidosa interpretação da lei por parte da administração do sistema, ensejando a busca incessante na solução da

questão previdenciária.

A situação social dos beneficiários da Previdência Social, cujo valor médio dos benefícios é pouco maior que R\$ 800,00 (Portaria MPS nº 527/2012), no regime geral, contribuiu para o enriquecimento dessa situação de conflito. O leigo em matéria jurídica apenas sente desconforto por ter registrado ao longo do tempo em que recebeu o seu benefício, especialmente a aposentadoria, que o valor econômico diminuiu consideravelmente. Essa é a sua percepção. Aposentou-se com a equivalência de cerca de quatro salários mínimos e somente está recebendo uma parte disso, diante da defasagem do valor do poder aquisitivo. Mas a perda, poderá sustentar o hermeneuta, é econômica e não jurídica. Pouco interessa, numa visão singular, essa constatação.

Ao jurista, contudo, coube identificar uma defasagem decorrente da má interpretação da lei. E por esse motivo, houve um crescimento imenso das ações revisionais como tentativa de oferecer ao beneficiário, melhores condições.

Da identificação dessa circunstância, foram produzidas no tempo dezenas de possibilidades de melhora do valor do benefício. Muitas delas ratificadas pelo judiciário. Outras não. Algumas ainda aguardam um último posicionamento.

Posso destacar, na linha do tempo, as ações revisionais mantidas por alcunha a seguir relatadas.

### ***1. Correção dos salários de contribuição com base na variação da ORTN/OTN.***

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, realizava para o cálculo da Renda Mensal Inicial - RMI a média aritmética dos 36 últimos salários de contribuição do segurado, sendo que a correção monetária era efetuada apenas em 24 dos 36 salários-de-contribuição (Decreto nº 77.077/1976 - CLPS), aplicando, para tanto, os índices de correção monetária estabelecidos pelo Ministério da Previdência - MPAS.



Contudo, após o advento da Lei nº 6.243/1977, o legislador instituiu como índice de correção monetária oficial a variação da ORTN. Não obstante, o INSS continuou aplicando os índices de correção monetária próprios, sensivelmente inferiores aos oficiais (OTN/ORTN), o que provocou uma redução do valor real da RMI que perdura até a presente data.

## **2. Correção Total dos Salários-de-Contribuição**

O benefício era calculado com base nos 36 últimos salários-de-contribuição, sendo que apenas os 24 últimos, deste grupo de 36, eram atualizados.

Nessas condições, o segurado pleiteou a revisão do benefício, com a finalidade de corrigir a totalidade dos salários-de-contribuição utilizados no cálculo da renda mensal inicial. Essa matéria mereceu a edição da Súmula nº 260 do antigo TFR, hoje aplicada restritivamente.

## **3. IRSM de fevereiro/94.**

O art. 21, §1º da Lei nº 8.880/1994 (Plano Real), determinava a atualização dos salários-de-contribuição até o mês de fevereiro de 1994, inclusive, pelos critérios do INPC e posteriormente do IRSM. Contudo, o INSS deixou de aplicar o índice relativo a variação do IRSM no mês de fevereiro de 1994, por entender que o mencionado § 1º teria determinado a atualização dos salários-de-contribuição tão somente com a incidência da variação inflacionária até janeiro de 1994, gerando defasagem de 39,67% na renda mensal inicial.

## **4. Piso Nacional de Salários**

O Decreto-Lei nº 2.351/87, criou o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência (SMR), para desvincular o salário mínimo de outros valores. Na sua criação, o SMR correspondia a 95% do PNS e ao ser extinto, em outubro de 1988, equivalia a apenas 55% do PNS.

Durante esse período, os benefícios foram reajustados

com base no SMR, quando deveriam ter sido corrigidos pelo PNS, em tese.

## **5. Equiparação da Pensão por morte ao percentual de 100% do benefício**

A Lei nº 8.213/1991, no artigo 75, em sua redação original, previa a parcela familiar de pensão no percentual de 80% (oitenta por cento) do valor devido ao instituidor, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) quantos fossem os dependentes, até o máximo de duas. Antes disso, o percentual da pensão era de 60% (sessenta por cento), mais 10%.

A Lei nº 9.032/1995 deu nova redação ao artigo 75 da Lei nº 8.213/1991, dispondo que aquele percentual de 80% (oitenta por cento) deveria corresponder a 100% (cem por cento) do salário de benefício. Contudo, as pensões concedidas anteriormente a edição da mencionada lei não foram revisadas, restando diferenças a favor dos pensionistas. Assim, atendendo ao princípio da aplicação imediata da lei nova, mais favorável, pode-se obter a diferença percentual mencionada.

Essa tese prosperou na jurisprudência, até que o STF julgou em sentido diverso, tornando-a desfavorável aos pensionistas.

A menção a essas teses, entre dezenas de outras que se poderia invocar, apenas indica quão frutíferas foram as possibilidades de revisão dos benefícios ao longo de décadas. Nota-se que nem todas alcançaram êxito, ensejando um embate judicial dos mais robustos, razão da demanda judicial previdenciária ser crescente e fazer com que os olhos do leigo e do jurista se voltassem para a questão previdenciária.

Quanto a possibilidade de revisão de benefícios concedidos a longa data, como visto, entende-se que não incide a prescrição ou mesmo decadência (há enorme polêmica a respeito da classificação entre elas que não interessam à análise presentemente).

É pacífico, contudo, que a vigência da Medida Provisória nº 138/2003 (DOU de 20.11.2003, p. 11) estabeleceu a possibilidade de revisão dos benefícios previdenciários por apenas 10 anos, por aplicação da decadência. Esse tema tem despertado calorosos debates e encontra-se por definir se a aplicação poderá alcançar benefícios concedidos anteriormente à sua edição, sendo reconhecida a repercussão geral pelo STF que deverá julgar essa questão proximamente.

Mas o Direito Previdenciário é muito maior do que o casuísmo da possibilidade de revisão de benefícios previdenciários. A luta, por um sistema justo e equilibrado, não se resume na constatação das defasagens do valor dos benefícios ou da possibilidade de propositura de ações previdenciárias.

É bem verdade que toda essa situação relatada motivou, despertou atenção, agregou valor para o conhecimento e estudo do Direito Previdencial.

Mas a causa previdenciária não se resume a essa circunstância. O conflito se mantém alimentado pelo desejo do governante de redução das conquistas sociais, aspecto mundial, pela má administração da coisa pública, pela má produção legislativa e a pobre interpretação da lei (causas autônomas) e mais ainda pela necessidade do segurado por melhores condições de vida, no reclamo por uma vida dedicada a produção, ao desenvolvimento da nação, à busca do Estado Democrático Social de Direito.

O Direito Previdenciário é maior do que teses de revisão de benefícios. O Direito Previdenciário está renovado, não existindo unicamente para a possibilidade de promover revisões nos valores dos benefícios.

O Direito Previdenciário é promotor da inclusão social, senão vejamos:

*O laudo médico atesta a parcial e definitiva incapacidade para o trabalho, podendo ser considerada a sua incapacidade como total*

*e permanente, em razão da baixa instrução e da deficiência, que impedem o recorrente de ser inserido no mercado de trabalho, sendo-lhe possível obter o seu sustento somente por meio de trabalhos braçais, os quais não consegue desenvolver, diante das limitações resultantes da sua moléstia. (TNU, PU nº 200583200097920, Proc. Nº 2005.83.20.009792-0, DJU de 14.05.2007, p. 687).*

O Direito Previdenciário é realizador de distribuição de renda, que não se confunde com o assistencialismo barato, como segue:

*A renda mensal, per capita, superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da LOAS, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. (Súmula nº 11 da TUN / JEF).*

O Direito Previdenciário não discrimina, como se nota:

*Os portadores do vírus da AIDS, mesmo que assintomáticos, devem ter a sua incapacidade aferida com base nas condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, visto tratar-se de doença estigmatizante, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela ausência de incapacidade laborativa. (TNU, Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.82.00.507437-0, Relator Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho, DOU de 31.08.2012, pág. 205).*

O Direito Previdenciário é sensível aos necessitados, não nos abandona, como faz prova a decisão seguinte:

*Comprovada a incapacidade para o trabalho, não perde o obreiro a qualidade de segurado, por deixar de contribuir, fazendo jus ao benefício previdenciário, uma vez que a*

*jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir por razões de saúde. (TNU / JEF – proc. 2002.83.20.002954-7, DJU de 13.03.06, pág. 532).*

Esse artigo é um tributo ao estudioso do Direito Previdencial, jurista ou não, interessado no aprimoramento das relações com o Estado, para o fim de estabelecer novas conquistas sociais e fazendo a verdadeira JUSTIÇA SOCIAL, com boas ações previdenciárias.

O Direito Previdenciário promove a igualdade, bastando mencionar a interpretação abaixo conferida pelos tribunais, cunhada ao longo de mais de 20 anos de vigência da Constituição, em que se admitiu a igualdade entre homens e mulheres - princípio da isonomia:

*Uniformizado o entendimento de que o cônjuge do sexo masculino não inválido pode ser qualificado como dependente da esposa para efeito de concessão de pensão por morte, no caso de a esposa ter falecido a partir de 05.10.88. (TNU/JEF – proc. 2008.33.00.700783-4, DJU de 20.07.2012, pág. 226).*

São tantos posicionamentos modernos, avançados e avantajados, firmes na busca de uma sociedade melhor, decorrentes da postulação dos jurisdicionados, com impulso do causídico e do estudioso desse ramo apaixonante do Direito.

Em resumo, encontramos boas ações previdenciárias no campo judicial, reconhecidas na construção da jurisprudência.

Mas não me ocupo apenas disso. Boas ações previdenciárias são que promovem Justiça Social. São as que se interessam pela causa previdenciária, pelo atendimento do desesperado que não consegue mais se manter, aprimorando o conhecimento da lei, permitindo a inclusão social e acima de tudo propagando ao segurado a esperança de alcançar melhores dias, dando a mão ao hipossuficiente e o orientando para seu planejamento pessoal, planejamento de vida. Promovendo a esperança, renovando a vida.



# Assédio Moral

## Sumário

### Resumo

1. Da Conceituação E Seu Enfrentamento
2. Caracterização E Condutas Do Assédio Moral
3. Das Características Do Assédio Moral
4. Do Dano Moral

### Conclusão

Palavras-chave: Assédio moral, Dano moral, Subordinação, Mobbing.

---

**Aparecido Gonçalves Ferreira**  
**Clarice Aguiar De Souza**  
**José Aparecido Alves**  
**Leandro Rodrigo Da Silva**

---

## Resumo

O presente artigo possui como escopo o estudo do instituto do Assédio Moral, sua caracterização, diferenciando-o do instituto do dano moral propriamente dito, embora sendo ele um ramo de tal direito.

### 1. Da Conceituação E Seu Enfrentamento

Trata-se de um tema novo nos bancos jurídicos, em especial no Brasil, fato esse devido à carência de material jurídico-científico acerca do tema. Dessa forma, para chegar a um conceito jurídico os autores que escrevem sobre o tema usam como ponto de partida as pesquisas desenvolvidas no campo da Psicologia e da Sociologia.

O assédio moral não é encontrado somente no ambiente de trabalho, mas pode ser identificado em outros lugares onde haja concentração de pessoas como: clubes, escola, família, visto que se manifesta nas relações interpessoais, dessa forma dificulta a sua conceituação por variar de local para local.

Nesse rumo, insta salientar que assedio moral nada mais é do que uma tortura psicológica, manipulação perversa, ou mobbing, termo este que provém do verbo inglês "mob", que significa "assediar, atacar, agredir", segundo Guedes<sup>1</sup>, juíza do trabalho da Bahia o primeiro a utilizar tal termo foi o etnologista Heinz Lorenz, ao "definir o comportamento de certos animais que, circundando ameaçadoramente outro membro do grupo, provocam a sua fuga por medo de um ataque".

Mobbing, assédio moral ou terror psicológico é uma perseguição continuada, cruel, humilhante e desencadeada, normalmente por um sujeito perverso, destinado a afastar a vítima do trabalho com graves danos para sua saúde física e mental.

Esse fenômeno não é recente, pois existe desde que a

humanidade começou a se organizar em sociedade; a novidade está nos estudos médicos e jurídicos. A partir da década de oitenta é que foram publicados os resultados das investigações científicas relacionando o "mobbing" a doenças no trabalho, cabendo à primazia desses estudos ao médico psiquiatra alemão, radicado na Suécia, Heinz Leymann, que denominou o fenômeno de psicoterror.

O terror psicológico não se confunde com o excesso, nem a redução de trabalho, a ordem de transferência, a mudança de local de trabalho, a exigência do cumprimento de metas e horários rígidos, a falta de segurança e obrigação de trabalhar em situação de risco, pouco confortável ou ergonomicamente desaconselhável.

"O mobbing" não é agressão isolada, a descompostura estúpida, o xingamento ou a humilhação ocasional, fruto do estresse ou do destempero emocional momentâneo, seguido de arrependimento e pedido de desculpa.

Cada uma dessas atitudes pode ser empregada pelo agressor para assediar moralmente uma pessoa, mas o que caracteriza o terror psicológico é a **frequência e repetição** das humilhações dentro de certo lapso de tempo.

Mas será que tal assédio se manifesta em um único ato, ou deveria ele se prostrar no tempo e ser identificado tão somente com sua continuidade?

Podemos extrair do conceito alhures que somente se caracteriza assédio moral o fato das agressões se prolongarem no tempo, porém ninguém pode ser submetido a nenhum tipo de tratamento desumano ou degradante.

Destarte é preciso destacar a diferença existente entre o dano moral e o assédio moral ora comentado.

É assegurado pela Constituição Federal o direito a indenização por dano moral, ainda que o empregado seja humilhado uma única vez.

<sup>1</sup> GUEDES, Marcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.

Nesse sentido quando o ato humilhante, jocoso, que diminui o brilho de um ser sujeito de direitos, é praticado com um ato isolado temos, configurada a hipótese de dano moral.

De forma contrária está a configuração do assédio moral, pois esse irá exigir para sua configuração a repetição dos atos humilhantes, fato que venha configurar a insuportabilidade de se conviver no ambiente de trabalho.

Nesse passo, podemos entender que toda conduta abusiva, manifestada em ambiente de trabalho, sejam por comportamento, palavras, gestos, escritos, que possam trazer dano à personalidade, à dignidade, ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, colocando em risco seu emprego ou a paz deste, neste caso estamos falando de assédio moral.

## 2. Caracterização E Condutas Do Assédio Moral

O assédio moral pode partir do próprio empregador, que, valendo-se de seu poder hierárquico, humilha ou constrange seus empregados, como, também pode partir dos demais empregados, que por motivos de competição no trabalho ou mesmo por pura discriminação, sujeitam o colega a situações vexatórias e à tortura psicológicas, comprometendo a saúde física e mental do indivíduo.

A prática do assédio moral é externada por meio de críticas em público, ameaça, exigências de tarefas degradantes ou impossíveis de ser alcançadas podemos utilizar como exemplo "o plano de metas", utilizado por algumas empresas, o rigor excessivo na cobrança de tarefas, exposição ao ridículo, divulgação de doenças e de questões pessoais de forma pública e direta, ironias, indiferença, indução ou sugestão a pedido de demissão.

Para que seja configurado o crime de assédio moral é necessária à reiteração da conduta ofensiva, ou seja, que esta se prolongue no tempo, não podendo se confundir com outros conflitos esporádicos, e ainda deve ter como

objetivo a exclusão da vítima da empresa.

Porém, é válido lembrar que a jurisprudência não fala em período mínimo para caracterização do assédio moral, basta que fique provado o dano psíquico à vítima.

Existem empresas que impõem metas para seus empregados, e para fazê-los cumprir utilizam-se de métodos assediantes, ou seja, impõem condições para o seu não cumprimento, como por exemplo: sua demissão, transferência de um local para trabalhar em outro, não concessão de férias, diminuição do salário. Assim, acabam por restringir um direito que é do trabalhador.

Com este pensamento a empresa pretende fazer uma seleção de empregados, utilizando o próprio empregado, fazendo com que ele se sinta coagido e saia da empresa, onde os mesmos serão culpados pelo não cumprimento das metas. E com isso deixando de pagar as verbas rescisórias que seriam devidas ao empregado.

Corroborando com essa prática, encontram-se muitas vezes o próprio Empregador, através do seu departamento especializado de Recursos Humanos que deveriam zelar pelo bom desempenho dos empregados, sendo o primeiro a contrariar essa norma, simplesmente fazendo reuniões com todos os empregados expondo-os a vexame; colocando em público, quem é o responsável pelo não cumprimento das metas.

Entretanto, nossa sociedade só está acostumada a tratar daquilo que pode ser visto, o que não acontece com os efeitos do assédio moral, pois os fenômenos não são concretos, sendo reservados à esfera íntima da vítima, não produzindo efeitos de existência palpável que levam a efeitos graves, podendo até levar ao suicídio.

## 3. Das Características Do Assédio Moral

Com os apontamentos supramencionados fica fácil identificar a primeira característica do assédio moral, qual seja, o abuso de poder.



Não obstante, nem sempre identificado como demasiado pelos seus subordinados que estão acostumados a obedecer a ordens e não conhecem a legislação, uma vez que são leigos na matéria. Sua segunda característica é destacada da seguinte forma:

O assédio nasce como algo inofensivo e propaga-se insidiosamente.

Em primeiro momento as pessoas envolvidas não querem mostrar-se ofendidas e levam na brincadeira as desavenças e maus tratos.

De ato contínuo, esses ataques vão se multiplicando e a vítima é seguidamente acuada, posta em situação de inferioridade, submetidas a manobras hostis e degradantes durante um período maior.

Tal fenômeno consiste na manipulação perversa, de forma traiçoeira, por meio da quietude, de forma a perturbar o empregado, que é obrigado a suportar tudo silenciosamente, para que não piore sua situação.

Porém, vale salientar que o abuso de poder, primeira característica do assédio moral, pode ser enquadrado em uma das hipóteses do artigo 483 da CLT, ou seja, é possível a rescisão indireta do contrato de trabalho pelo empregado.

Entende-se que o assédio moral pode se manifestar em várias posições, sendo o assédio ascendente, o descendente, e o horizontal. No assédio descendente o agente assediador é o superior hierárquico. O assédio moral ascendente trata-se do contrário, o agente assediador é um ou mais subordinados contra um superior hierárquico. No campo intermediário encontra-se o assédio moral horizontal, o fenômeno se destaca em uma mesma posição, ou seja, entre subordinados sem hierarquia. Podemos considerar ainda o assédio misto, quando um empregado é assediado tanto pelo superior hierárquico quanto pelos colegas de trabalho.

#### 4. Do Dano Moral

No âmbito jurídico, podemos conceituar dano moral como uma lesão a um direito inerente à personalidade, que foi suportada por uma pessoa, que pode ser física ou jurídica em razão de uma ação ou omissão de outrem.

A lesão ou violação pode ser tanto dor física como a dor sentimental, bem como o dano pode ser tanto natureza moral, material ou a imagem.

Dano moral, podemos dizer que são aqueles que abalam a honra, boa fama, dignidade das pessoas. Devido sua subjetividade, para que resta comprovação da presença ou não do dano efetivo, devem ser apuradas as condições em que ocorreram e as consequências que sobrevieram do fato causador.

A fixação de indenização nesse caso tem sentido único de reparar a dor, sofrimento ou exposição indevida, à qual a vítima foi exposta, para que isso desestimule o ofensor a voltar a praticar o ato ilícito. Não se trata de pagar a moral de ninguém, mesmo porque, essa é imensurável. Podemos citar como exemplo: agressões verbais.

Danos à imagem são aqueles que por meio de exposições indevidas, denigrem a imagem de pessoa física ou jurídica.

Para sua caracterização é necessário a exposição não autorizada de imagem, fotos, palavras e escritos, de maneira que isso possa abalar a honra e a respeitabilidade das pessoas envolvidas. Pode ser comprovado por meio de provas materiais ou testemunhas que efetivamente presenciaram o fato.

Para reparação do dano à imagem não existe um "quantum" indenizatório, pois este varia em decorrência dos danos efetivos causados à imagem, conforme o caso concreto, considerando os prejuízos e os abalos psicológicos.

Quanto aos danos materiais, estes atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. Podem ocorrer por uma ação ou omissão de tal forma que isso venha interferir diretamente nos lucros, ou que venha dar prejuízo direto.

Para a reparação do dano deve existir um nexo causal entre a conduta, ação ou omissão, e o efetivo prejuízo causado. Devido a sua natureza material, a reparação do dano deve ser precisa de tal forma que ocorra a recomposição da situação patrimonial anterior ao dano.

Importante salientar que em todas as naturezas de dano, devemos levar em consideração o princípio da razoabilidade, pois todas as indenizações que forem pleiteadas em juízo devem suprir os abalos decorrentes e inibir o ofensor, de forma que se a indenização for irrisória ao patrimônio econômico do ofensor, não surtirá o efeito que se espera no âmbito jurídico.

## Conclusão

Conclui-se que o assédio moral é uma forma **contínua** de humilhação que é feita por superior hierárquico ou qualquer pessoa relacionada ao seu ambiente de trabalho, com o fim específico de afastar a vítima do local de trabalho.

Sendo que dessa forma as empresas se livram dos trabalhadores indesejados sem arcar com a despesa gerada pela demissão sem justa causa, como as verbas trabalhistas.

O processo do assédio moral inicia-se ao ferir a dignidade do trabalhador, por meio de humilhações, ridicularizações, isolamentos e outros, tornando o ambiente de trabalho o pior possível.

Para tanto é necessário que estas se prolonguem no tempo para que possam ser caracterizadas como assédio.

Na maioria dos casos de assédio o empregado não faz nada para mudar a situação, pois é comum o leve engano de que o empregador tem nas mãos o poder diretivo, tendo o empregado o dever de submissão em qualquer caso, para que não caracterize insubordinação.

Porém, nos casos de assédio moral, ultrapassa esse poder, revelando um verdadeiro abuso, o que confere nesse caso o direito de pleitear judicialmente a devida reparação.

Embora nossa legislação não trate de maneira específica sobre o assédio moral, este é uma violação ao contrato de trabalho, tanto na forma ativa como omissiva, pois

ao se estabelecer em uma empresa, mesmo que não seja pelo empregador é porque esta empresa permite, ou não trata o assunto com represálias. Cabe à empresa zelar pelo ambiente de trabalho, proporcionando aos seus empregados um ambiente sadio.

O assunto tem uma enorme seriedade, pois embora sejam subjetivas, suas consequências são as mais variadas possíveis, não atingindo somente a saúde física do assediado, mas sua saúde mental também, desencadeando diversos tipos de doença, causando perturbações que podem levá-lo à morte.

Não obstante, para que reste comprovado o fenômeno, basta a conduta do empregador caracterizando o assédio moral, independente dos danos causados ao trabalhador, se físicos ou psicológicos, devendo ser reconhecido ou comprovado, para que o empregado possa pedir a rescisão indireta ou pleitear uma justa indenização devida à condição degradante a que foi submetido, tendo violada sua dignidade.

Ainda que nossa legislação brasileira seja carente de uma legislação específica sobre o assédio moral, a jurisprudência tem suprido tais lacunas com aplicação de regras e princípios constitucionais.

A relação patrão e empregado devem cumprir as obrigações de acordo com o contrato, sempre de forma leal, ética e honesta. Sendo que o empregado deve cumprir seu papel na empresa, bem como estipula o contrato de trabalho, empenhando-se em suas tarefas para ter direito à sua contraprestação que é o salário. Em contrapartida o empregador deve fazer a sua parte, ou seja, zelar pela saúde e segurança de seus empregados dentro do ambiente de trabalho, além de tratá-lo com respeito e dignidade.

O princípio da razoabilidade visa coibir a arbitrariedade exercida pelo empregador, buscando assim a proporcionalidade entre o superior hierárquico e o submisso empregado.

A partir desse princípio podemos chegar à seguinte conclusão: qualquer indenização que venha ser pleiteada deve ser razoável para que o empregador possa realmente repensar o ato que cometeu, e não reincidir a prática de tais fatos.

Destarte, o assédio moral a sua consequência é o dano moral, que tem duplo escopo. O primeiro é o valor da indenização que serve de alento ao ofendido e o segundo tem fins pedagógicos com o objetivo de coibir tais fatos e haja a desestimulação na conduta danosa.



# **E**stabilidade Especial Decorrente de Acidente de Trabalho Em Contrato de Experiência: Reparação de Danos

## **Sumário**

Resumo

Introdução

1. Acidente De Trabalho

1.1. Contrato de Experiência

1.2. Acidente de Trabalho

1.3. Estabilidade Provisória de Emprego

2. Reparação de Danos

2.1. Da Responsabilidade

2.2 Da Responsabilidade no Contrato de Experiência

Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Acidente do Trabalho; Estabilidade; Contrato de Trabalho por Prazo Determinado; Reparação por danos.

---

**Andre Luiz De Macedo  
Aureo Matricardi Junior  
Luiz Carlos Meix  
Rodrigo Jara**

---

## Resumo

O presente trabalho tem por finalidade discutir a estabilidade especial decorrente de acidente do trabalho em contrato por tempo determinado e suas consequências, dentre elas a reparação de danos. O tema escolhido tem fundamental importância na atualidade tendo em vista as implicações do dia a dia na relação capital e trabalho. Justifica-se ainda o estudo do presente tema as recentes decisões em nossas cortes a respeito da matéria.

## Introdução

O presente estudo aborda questões pontuais existentes no dia a dia nas empresas, razão pela qual merece um estudo profícuo relacionado com o acidente de trabalho ocorrido durante o contrato por prazo determinado, analisando os seus aspectos legais se o trabalhador está acobertado pela estabilidade e se tem direito à reparação por danos, bem como o *quantum*.

## 1. Acidente De Trabalho

### 1.1. Contrato de Experiência

O contrato de trabalho é aquele celebrado entre empregado e empregador onde estes assumem obrigações recíprocas, sendo as principais delas a prestação de serviços por parte do empregado e o pagamento de salário por parte do empregador.

O contrato de trabalho tem prazo de vigência por período indeterminado. Contudo, excepcionalmente, pode ser celebrado entre as partes por prazo determinado, sendo uma dessas hipóteses o contrato de experiência.

O contrato de experiência é definido pelo parágrafo 1º do art. 443, da CLT, que dispõe:

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Destaca-se que o contrato de experiência é exceção à regra e deverá ser celebrado por escrito a fim de viabilizar a fixação de seu termo final do mesmo.

O contrato de experiência tem o período máximo de 90

dias, podendo, dentro desse período, ser fracionado em dois períodos distintos.

Assim, o contrato de experiência é o contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador onde esses, desde o início do contrato ajustaram o seu termo final.

### 1.2. Acidente de Trabalho

O acidente de trabalho é o infortúnio inesperado, a doença decorrente do exercício das atividades profissionais do empregado, que provoca lesão corporal, distúrbios ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou a redução temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho, ou seja, evento danoso que ocorre no exercício do trabalho a serviço da empresa.

O acidente de trabalho pode ocorrer através de duas situações: pelo ato inseguro ou pela condição insegura.

O ato inseguro é aquele praticado pelo empregado em razão da prestação de serviços, de forma consciente ou inconsciente, que contraria as normas de segurança e medicina do trabalho, vindo a colocar em risco a integridade física do trabalhador.

A condição insegura é aquela em que o empregador deixa de cumprir a sua obrigação patronal e expõe o empregado, e que vem a ser as falhas, defeitos, irregularidades técnicas e carências de dispositivos de segurança, que põem em risco a integridade física dos empregados e a própria segurança das instalações e equipamentos.

Dispõe o art. 157 da CLT:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - adotar as medidas que lhes



sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

O empregador é obrigado a cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho consistente em instruir os empregados através dos mais variados meios de comunicação, tudo com o objetivo de se evitar o infortúnio acidentário.

Em acontecendo o acidente de trabalho o empregador está obrigado a emitir a CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho no prazo de 24 horas, sob pena de autuação por parte do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. No caso de morte, esta comunicação deverá ser imediata.

A CAT poderá ser emitida eletronicamente e transmitida para o endereço eletrônico da Previdência Social, devendo ser comunicado também o Sindicato do Empregado e também entregue uma via ao acidentado.

Havendo negativa do empregador em emitir a CAT, poderá o empregado acidentado ou o Sindicato emitir o documento.

Qualquer pessoa que tenha conhecimento do acidente de trabalho que resulte em lesões físicas ou vítima fatal poderá levar ao conhecimento da autoridade policial, que por sua vez instaurará o competente inquérito policial para apurar em que condição ocorreu o acidente, valendo lembrar que a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo elaborou uma cartilha específica sobre o tema, destinados aos policiais civis.

O afastamento do empregado por motivo de acidente do trabalho, até 15ª dia interrompe o contrato de trabalho, lembrando que o dia do acidente não é contado, tendo em vista a prestação de serviços neste dia.

A partir do 16ª dia, permanecendo o empregado

afastado do trabalho, deve a empresa requerer o auxílio-doença acidentário espécie 91. A partir desse período o empregador continua com encargos patronais decorrentes do contrato de trabalho, tendo a obrigação de recolher o FGTS, pagar as cotas do Salário Família quando o acidentado tiver filho menor de 14 anos de idade, assegurar-lhe o direito a contagem de tempo de serviço para fins de indenização e estabilidade, contagem de tempo para férias até o prazo de 6 (seis) meses, bem como garantir os direitos previstos em Convenção Coletiva de Trabalho da categoria, se houver.

Fundamentam tal assertiva o disposto nos artigos 4º e 476, ambos da CLT.

### 1.3. Estabilidade Provisória de Emprego

Ocorrendo o restabelecimento do empregado, ele retorna ao trabalho e passa a contar com a garantia, pelo prazo mínimo de 12 meses, da manutenção do contrato de trabalho após a cessação do benefício acidentário, independente de estar o empregado percebendo o auxílio-acidente espécie 87, conforme o disposto no art. 118, da Lei 8.213/91.

É importante asseverar que a referida garantia decorre do afastamento superior a 15 dias.

O grande dilema da estabilidade acidentária se trava na atualidade quando o acidente de trabalho ocorre no período de cumprimento do contrato de experiência. Existe o entendimento jurisprudencial no sentido de que o contrato por prazo determinado, inclusive o contrato de experiência, não gera direito à estabilidade prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91 além do período ajustado, previamente conhecido pelas partes, sendo que não existe despedida arbitrária ou sem justa causa quando a rescisão do contrato ocorrer no final desse período. Nesse sentido é a seguinte decisão:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. A ocorrência de acidente do trabalho no contrato a termo, dentre eles o

de experiência, não enseja a garantia da manutenção do contrato de emprego de que cuida o artigo 118 da Lei 8.213/91, porque essa modalidade de contrato é incompatível com qualquer espécie de estabilidade, em razão de o seu termo final já ser previamente conhecido pelas partes contratantes (**Proc. Nº 00967.2005-107.03.00.0 – RO – 3ª Região – 5ª Turma – Juiz Relator: Emerson José Alves Lage – DOMG 11.03.06 – p. 16**).

O conteúdo do artigo 118 da Lei 8.213/91 assegura ao empregado que sofreu acidente de trabalho e teve o contrato suspenso por período superior a 15 dias a garantia de emprego pelo prazo de 12 meses, independente de ser o contrato de trabalho por tempo determinado ou indeterminado.

A estabilidade prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91 deve ser assegurada ao empregado acidentado e afastado por mais de 15 dias mesmo em se tratando de contrato de experiência, pois se assim não fosse o legislador teria ressalvado no texto legal a hipótese de exceção, o que não o fez.

De outra banda, deve ser analisado que o trabalhador veio a sofrer acidente de trabalho, não podendo ele ser prejudicado, uma vez que já suportou o ônus em seu bem maior que vem a ser a sua integridade física, de modo que deve ser rompido o paradigma de que o trabalhador não faz jus à estabilidade quando ele é vítima no cumprimento do contrato de experiência.

Negar ao trabalhador a estabilidade provisória de emprego nessa hipótese é violar o princípio da dignidade da pessoa humana que tem aplicação no direito do trabalho, haja vista que este princípio se irradia em todo o contexto da capital e trabalho.

## 2. Reparação de Danos

### 2.1. Da Responsabilidade

Advém do acidente do trabalho questões relacionadas com a obrigação do empregador de reparar o dano decorrente do acidente de trabalho.

Desde 5 de outubro de 1988 o legislador constituinte assegurou (art. 7º, XXVIII) ao trabalhador o direito de pleitear reparação de danos em decorrência de acidente do trabalho quando incorrer o empregador em dolo ou culpa, seja qual for a sua intensidade, mesmo aquelas de natureza leve, de modo que o empregador deve reparar o dano causado ao trabalhador.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
(...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

A reparação por danos decorrentes do acidente de trabalho tem natureza civil, de modo que o legislador ordinário disciplinou no artigo 186 do novo Código Civil o seguinte:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Portanto, configurado o ato ilícito, emerge a responsabilidade do empregador de reparar os danos causados ao empregado.

### 2.2 Da Responsabilidade no Contrato de Experiência

Independente se o contrato de trabalho é por prazo indeterminado ou se o acidente ocorreu durante o contrato de experiência, em havendo culpa, mesmo que leve, do empregador, este tem que suportar o dever indenizatório.

O disposto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 é norma de obediência e observância obrigatória no ordenamento legal, tratando-se de princípio constitucional extensível, ou seja, regra completa e com eficácia imediata.

É dever do empregador, decorrente das normas legais e dos ônus patronais, oferecer aos seus empregados plenas condições de trabalho, especificamente no que se refere à segurança e integridade do trabalhador, bem como propiciar um ambiente salubre, higiênico e confortável.

Deixando o empregador de cumprir com suas obrigações patronais, responde ele, em matéria de natureza civil, perante a Justiça do Trabalho.

Dessa forma, toda essa assertiva não pode ser diferente em se tratando de contrato de experiência.

### 2.3 Do *Quantum* da Reparação de Danos

Configurada a responsabilidade do empregador, surge o dever de reparar o dano e daí decorre a liquidação e a efetiva concretização da indenização, fixando-se o seu montante e o modo do ressarcimento.

A extensão e a proporção do dano experimentado pelo trabalhador devem ser aferidas para que ele seja integralmente reparado, nos termos do artigo 927 do Código Civil que dispõe: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", bem como o disposto no artigo 944 do mesmo diploma legal: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

O *quantum* da indenização não pode ser menor pelo simples fato de o acidente ter ocorrido durante a vigência do contrato de experiência.

Isso porque, deve ser considerado para a fixação do *quantum* indenizatório é o próprio dano e a sua extensão, não estando vinculada à modalidade do contrato de

trabalho.

Dessa forma, o único limite para a fixação do *quantum* indenizatório advindo do acidente de trabalho é o próprio dano e sua extensão.

### Conclusão

Em apertada síntese o tema abordado no presente estudo é no sentido de firmar entendimento de que o trabalhador tem direito a garantia de emprego pelo prazo mínimo de 12 meses quando sofrer acidente de trabalho e o contrato foi interrompido.

Retornando o empregado tem ele direito a estabilidade uma vez que é uma garantia assegurada por lei.

A reparação deve ser integral, considerado o próprio dano, não importando a modalidade do contrato de trabalho no que diz respeito ao seu prazo.

### Referências Bibliográficas

[www.trt3.jua.br](http://www.trt3.jua.br)



# Assédio Moral:

## “O Constrangimento é presumido ou deve ser provado?”

### Sumário

Resumo/Abstract

Introdução

1. Noções Básicas sobre Assédio Moral
  2. Conceito de Assédio Moral
    - 2.1. Elementos Caracterizadores do Assédio Moral
  3. A Prova do Assédio Moral no Processo do Trabalho
  4. O Ônus da Prova no Processo do Trabalho
- Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Assédio moral, ambiente do trabalho, dignidade da pessoa humana, prova, justiça.

Key words: Bullying, work environment, human dignity, race, justice.

---

**Fabício Pereira de Melo  
João Sérgio Afonso  
Luís Henrique de Moraes Afonso**

## Resumo

O presente artigo tem por finalidade abordar o constrangimento a que é submetido o trabalhador em razão de assédio moral nas relações de trabalho. A idéia principal é estabelecer se esse constrangimento pode ser julgado por mera presunção de sua ocorrência ou se é necessário fazer prova do assédio sofrido como forma de convencimento do juiz. A este cabe, em sendo convencido da existência do constrangimento, não ter o dever de levar em conta quem deve fazer a prova, mas sim julgar o fato de acordo com o seu convencimento.

## Abstract

This article aims to address the constraints to which the employee is subjected by reason of bullying in labor relations. The main idea is to establish whether this constraint can be judged by mere presumption of its occurrence or if it is necessary to prove the harassment suffered as a means of convincing the judge. In this lies in being convinced of the existence of the constraint, not a duty to take into account who must take the test, but judge the fact that according to his conviction.

## Introdução

O presente trabalho traz à tona a discussão a respeito da prova do constrangimento ilegal sofrido pelo trabalhador na relação de trabalho.

Como se sabe, é no ambiente de trabalho onde as pessoas passam a maior parte do tempo de suas vidas, e é normalmente ali que se buscam aspirações, realização de sonhos e segurança, de maneira a proporcionar para elas e suas famílias um relativo conforto.

Desse modo, é necessário que haja no ambiente de trabalho harmonia e condições propícias para a execução do labor sem que comprometa, evidentemente, a produtividade que se espera do empregado.

Não raro, as empresas buscam resultados que lhes proporcionem lucros cada vez mais altos, mesmo que para isso designem líderes incapazes de interagir com os seus subordinados, constrangendo-os numa violência

silenciosa, caracterizando aí a figura do agressor e autor do assédio moral.

O objetivo, neste artigo, é demonstrar se esse constrangimento pode ser presumido ou se o dano sofrido deve ser provado.

A doutrina<sup>1</sup>, de forma geral, enumera um vasto rol de situações que podem caracterizar o assédio moral, sejam elas concretas ou sutis, como segue:

- 1) *Rigor excessivo;*
- 2) *Confiar tarefas inúteis ou degradantes;*
- 3) *Desqualificação ou críticas em público;*
- 4) *Isolamento ou inatividade forçada;*
- 5) *Ameaças explícitas ou veladas;*
- 6) *Exploração de fragilidades psíquicas e físicas;*
- 7) *Limitação ou proibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador;*
- 8) *Impor obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas;*
- 9) *Exposição ao ridículo (p.ex., impor o uso de fantasias, sem que isso guarde relação com sua função, e inclusão no rol de empregados com menor produtividade);*
- 10) *Divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta ou pública;*
- 11) *Agressões verbais ou através de gestos;*
- 12) *Atribuição de tarefas estranhas à atividade profissional do empregado, para humilhar e expor a situações vexatórias, como lavar banheiros, fazer limpeza, levar sapatos para engraxar ou rebaixar de função (de médico para atendente de portaria, por exemplo);*
- 13) *Trabalho superior às forças do empregado;*
- 14) *Sugestão para pedido de demissão;*
- 15) *Ausência de serviço ou atribuição de metas difíceis ou impossíveis de serem cumpridas;*
- 16) *Controle de tempo no banheiro;*
- 17) *Divulgação pública de detalhes íntimos;*
- 18) *Instruções confusas;*
- 19) *Referência a erros imaginários;*
- 20) *Solicitação de trabalhos urgentes para depois jogá-los no lixo ou na gaveta;*
- 21) *Imposição de horários injustificados;*
- 22) *Transferência de sala por mero capricho;*
- 23) *Retirada de mesa de trabalho e pessoal de apoio;*

<sup>1</sup> MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Revista da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA)*. Brasília-DF: maio/2003

24) *Boicote de material necessário à prestação dos serviços, além de instrumentos como telefone, fax e computador; e*

25) *Supressão de funções ou tarefas.*

Como se observa desse rol, está claro que todas as situações citadas geram o constrangimento do empregado e são caracterizadoras do assédio moral. Resta saber, então, se esse constrangimento deve ou não ser provado ou se é suficiente apenas a presunção de sua ocorrência.

## 1. Noções Básicas sobre Assédio Moral

O assédio moral é um fenômeno tão antigo quanto a vida em sociedade e o próprio trabalho, e consiste na manipulação e perversidade que caracteriza o terror psicológico contra a pessoa, sendo detectado em quase todos os setores da sociedade, com destaque nas relações de trabalho.

O presente artigo aborda tão somente o assédio praticado no âmbito das relações de trabalho subordinado, e se esse constrangimento basta ser presumido, ou deve ser provado.

A fragilidade e hipossuficiência do empregado em relação ao empregador invariavelmente o leva a temer pela perda do trabalho e conseqüentemente o esgotamento de sua fonte de renda, de forma que fica sem outra escolha, a não ser se submeter às condutas assediadoras por parte do seu superior hierárquico.

Em muitos casos, a busca de maior competitividade, as empresas exigem de seus empregados significativo aumento da produtividade, criando um ambiente de trabalho repleto de hostilidade e tensão, caracterizando o assédio moral.

Quando caracterizado o assédio moral, é fácil a identificação do objetivo do assediador de demonstrar à vítima que se trata de uma perseguição, de terrorismo psicológico, constrangendo-a e objetivando destruí-la em

suas forças morais, isso devido ao temor do assediado em face das dificuldades de se obter nova colocação e um mercado de trabalho cada dia mais exigente e seletivo.

## 2. Conceito de Assédio Moral

Conceitualmente, o assédio moral é tido como uma forma de "terrorismo psicológico" praticado pela empresa contra a saúde psicológica do empregado. Assédio moral no local de trabalho é o conjunto de condutas abusivas, manifestadas por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam produzir dano na personalidade da vítima, à sua dignidade, integridade física ou psíquica, pondo em risco seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho.

Trata-se de violência pessoal, moral e psicológica praticada contra o empregado com o objetivo de manipular sua dignidade profissional. É uma estratégia de violência contra o assediado, que é humilhado, diminuído e desrespeitado nos direitos que compõem sua personalidade.

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente o assédio moral, que em síntese, é verdadeiro atentado contra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III<sup>2</sup>), caracterizando-se como ato ilícito e lesivo aos valores extrapatrimoniais.

### 2.1. Elementos Caracterizadores do Assédio Moral

O assédio moral não necessita de manifestação explícita de perseguição contra o empregado, e na maioria das vezes acontece de forma silenciosa e às escondidas, através de expressões, gestos sutis e palavras equívocas, tudo com o objetivo de dificultar sua identificação por terceiros e a produção de prova da ocorrência.

Em casos mais graves, o assédio moral se mostra de forma evidente, às claras, por meio de ordens explícitas e diretas, como o ato de deixar o empregado no "castigo",

2 Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;  
(...)



modificar suas atividades profissionais ou determinando a realização de tarefas antes executadas por empregados com menor qualificação profissional e aquém de sua capacidade.

Normalmente o assediador demonstra preferência pela manifestação não verbal de sua conduta ilícita, buscando dificultar a reação do assediado. Há no caso uma comunicação conflitual no ambiente de trabalho entre colegas ou entre superior e subordinado. O empregado vítima do assédio moral é colocado na condição de debilidade, sofrendo agressões direta ou indiretamente por uma ou mais pessoas, de forma sistemática, geralmente por um período de tempo relativamente longo, tendo por objetivo sua exclusão do trabalho.

Para a caracterização do assédio moral, portanto, é necessário que as condutas visando a humilhação da vítima sejam abusivas por parte do assediador, que possuam cunho psicológico, que atentem contra a dignidade psíquica do assediado de forma reiterada, prolongada no tempo e, por fim, que a conduta tenha por finalidade estabelecer um cerco psicológico contra o trabalhador.

### 3. A Prova do Assédio Moral no Processo do Trabalho

Inicialmente, com base no princípio da boa fé objetiva, que serve de pilar para todo e qualquer modalidade de contrato, o assédio moral não é presumido nas relações de trabalho. Presente o que dispõe o art. 422 do CC/02, "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*". Isso deixa claro que é dever do patrão propiciar um ambiente de trabalho adequado para que o trabalhador se realize profissionalmente.

Tendo em vista a dificuldade de se obter prova do constrangimento a que é submetido o empregado, uma vez que na maioria das vezes o assédio se dá de forma silenciosa e camuflada, cabe ao trabalhador fazer prova,

de forma inequívoca, de que foi vítima de constrangimento no trabalho.

Realçando essa ideia, Rodrigo Dias da Fonseca (2007, p. 41) leciona:

*A tarefa mais difícil é identificar o assédio moral, por ser no mais das vezes uma forma sutil de degradação psicológica. A forma como os atos lesivos se expressam dificulta imensamente a sua percepção, muitas vezes restrita à vítima dos assaques. Referimo-nos com mais ênfase à comunicação não verbal, tão comum e de fácil negação em casos de reação ("você entendeu mal", "foi só uma brincadeira", "você está vendo/ouvindo coisas", etc.). Conforme expressão de Thomas Hobbes, "o homem é o lobo do homem".*

Nesse sentido, o magistrado, a depender do caso concreto, deve ter certeza da continuidade da conduta abusiva, os meios e os modos utilizados pelo ofensor, e a extensão dos efeitos provocados na vítima (empregado), para que forme a devida convicção na hora do seu julgamento.

O dano moral só será juridicamente relevante e apto para ensejar a lesão na "alma" desde que haja inequívoca intenção do agressor em atingir o trabalhador, caso contrário, incabível será a condenação de dano moral com suporte em presunções.

Convém ressaltar que não há necessidade de comprovação do prejuízo psíquico decorrente do dano moral para que configure o dever de indenizar. Neste sentido, pondera Mauro Schiavi (2007, p. 10):

*Para que a pessoa faça jus à compensação por danos morais, necessário se faz tão somente que demonstre de forma inequívoca, por qualquer meio em direito admitido (artigo 332, do CPC) o fato lesivo praticado (doloso ou culposos) pelo agente, sendo o dano moral presumido de forma irrefragável (presunção "juris et de juris") à vítima. Desse modo, desde que o ato ilícito praticado possa acarretar danos a qualquer pessoa, considerando-se o padrão da*

*sociedade, os danos de ordem moral estarão configurados. Por exemplo, a acusação falsa de ladrão, a perda de um dedo resultante de conduta culposa do empregador, causam, evidentemente, dor psíquica no empregado. Ninguém irá dizer que o empregado não se abalou internamente em decorrência desses fatos.*

Em apertada síntese, como o assédio moral nas relações de trabalho não é presumido, cabe ao empregado realizar a produção da prova, de forma clara, sendo prescindível a comprovação do prejuízo decorrente do dano moral para que surja o dever de indenizar.

#### 4. O Ônus da Prova no Processo do Trabalho

No processo do trabalho, a distribuição do ônus da prova encontra-se estabelecida no art. 818 da CLT<sup>3</sup>, que diz que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

A maioria da doutrina, no entanto, entende que deve ser aplicado subsidiariamente o art. 333 do Código Processual Civil, segundo o qual cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, tudo na fase de instrução processual.

Não obstante, é inequívoca a dificuldade do trabalhador de provar as práticas assediadoras, que deverão ser demonstradas para que se configure a lesão, haja vista que se trata de fato constitutivo do seu direito. É o que dispõe o art. 333, I, CPP<sup>4</sup>.

No entender de Paulo Peli & Paulo Teixeira (2006, p.103):

*o ônus da prova incumbe ao autor da ação. Nesse caso, o ofendido deve ir a juízo munido de provas irrefutáveis do abalo sofrido. A bem da verdade, será necessário angariar provas dos atos lesivos e do dano verificado, além da comprovação do nexo de causalidade entre dano e o evento ilícito.*

Sendo assim, o êxito numa demanda que envolva o assédio moral, depende diretamente das provas produzidas pelo trabalhador. Logo, não basta o autor ter razão, é imprescindível provar os fatos afirmados perante o órgão julgador.

É exatamente nesse contexto que se dá o instituto do ônus da prova, na qual se relaciona diretamente com a partição das provas entre os litigantes.

Entretanto, as regras de aplicação do ônus da prova são incidência subsidiária, pois, uma vez provados os fatos aventados nos processo, não há aplicação do instituto em análise. Nessa esteira, é o entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Sano Braga e Rafael Oliveira (2007, p. 55):

*Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidem se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido.*

Isso significa que, havendo prova nos autos, o que importa é o convencimento do juiz, pouco importando de onde venha a prova, mesmo que essa caiba ao autor. Desde que haja o convencimento do juiz sobre o fato, o ônus da prova perde relevância acerca de quem devia convencer o juiz.

Logo, a doutrina comumente aponta o ônus da prova como regra de julgamento para efeito de convencimento do juiz, quando da apreciação das provas. Portanto, o instituto em análise é, por esta razão, apenas um norte na atividade do magistrado. Em havendo ausência de prova de um determinado fato, o juiz decidirá contra quem incumbia a produção da prova.

#### Conclusão

O constrangimento moral é fenômeno que existe em razão das relações sociais e de trabalho, e pode ser verificado em todos os lugares onde há uma comunidade de pessoas.

<sup>3</sup> Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

<sup>4</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
(...)

Trata-se de comportamento capaz de hostilizar o ambiente de trabalho, e é caracterizado por condutas abusivas, contínuas e prolongadas, praticadas contra o empregado pelo empregador, pelo superior hierárquico e até pelos próprios empregados, colegas de trabalho do assediado.

Após conciliar a letra da lei com sólidos entendimentos doutrinários, conclui-se que o assédio moral que sujeita a empresa à indenização por danos morais não pode ser presumido e, em regra, compete ao assediado o encargo de demonstrar as condutas que atentaram contra a sua dignidade. Trata-se da regra clássica de distribuição do ônus da prova prevista em nosso ordenamento jurídico (artigo 333, I, do CPC), tendo em vista que o referido o assédio é um fato constitutivo do direito daquele que o alega, competindo-lhe promover sua cabal demonstração.

Finalmente, essas regras de aplicação do ônus da prova possuem incidência subsidiária, na medida em que provados os fatos alegados no processo, não importa para o juiz quem produziu a prova, mas apenas a sua existência. Em outras palavras, o instituto do ônus da prova deve ser flexibilizado, desde que o juiz se convença da existência do fato (o dano moral), independentemente de quem tenha produzido a prova.

### Referências Bibliográficas

**BELLONI**, Márcio. O Dano Moral no Direito do Trabalho. Disponível em [www.endividado.com.br/fac\\_det.php?it=417](http://www.endividado.com.br/fac_det.php?it=417)

**DIDIER JR.**, Fredie; **BRAGA**, Paula Sano; **OLIVEIRA**, Rafael. Curso de direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, v. 2, 2007.

**FONSECA**, Rodrigo Dias da. Assédio moral - breves notas. Revista LTr. São Paulo, v. 71, n. 1, jan. 2007.

**PELI**, Paulo Roberto e **TEIXEIRA**, Paulo Rodrigues. Assédio moral – uma responsabilidade corporativa. Ícone editora. 1ª edição, São Paulo, 2006.

**PIERIN**, Juliana Resun. O Assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em juízo. Disponível em [http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana\\_](http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_)

[resun\\_pierin\\_o\\_assedio\\_moral.pdf](#). Acesso em 27. Jul. 2012.

**SCHIAVI**, Mauro. Aspectos da prova do dano moral no processo do trabalho. Disponível em [http://www.calvo.pro.br/artigos/mauro\\_schiavi/mauro\\_schiavi.htm](http://www.calvo.pro.br/artigos/mauro_schiavi/mauro_schiavi.htm)>. Acesso em 27. Jul. 2012.



# Um Fato do Trabalho num Contexto Social

---

**Adilson Sanchez** - Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário; Mestre em Direito; Professor universitário em cursos de graduação e pós graduação; Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e em Direito Previdenciário da Escola Superior de Advocacia – ESAOABSP. Conferencista pela OAB/SP desde 1987; Responsável pelo curso “Advocacia Previdenciária”, ministrado há 10 anos na ESAOABSP e autor de livros, entre os quais “Advocacia Previdenciária”, ed. Atlas e “Tratado das Verbas Trabalhistas”, ed. LTr.

---

A sociedade é dinâmica. No mundo moderno as relações interpessoais são complexas. As relações trabalhistas ultrapassam essa complexidade, pois têm por objeto a harmonização de interesses do capitalista explorador com a do trabalhador que tem na força de trabalho a possibilidade de sua subsistência.

O denunciado conflito social é estudado por séculos. Os povos buscam freneticamente a Justiça Social, a promoção da redução das desigualdades sociais. O achado de uma sociedade libertadora.

O ideal de Justiça, por sua vez, está longe de ser harmonizado. Nem poderia. Seria um retrocesso social admitir o marasmo das relações sociais, contrariando a sua própria essência revolucionária.

O jurista é o cientista que empresta seu conhecimento filosófico para a regulação da vida em sociedade. Por conseguinte, não ignora os fatos da vida e nem o contexto histórico. Age cientificamente na interpretação da norma, bem como na criação da doutrina, apenas para mencionar essas duas vertentes. Não abandona os meios de interpretação da norma cunhados num determinado momento de desenvolvimento tecnológico, econômico e de valoração do ser diante do quadro político e social.

A evolução das relações trabalhistas deve perseguir o mesmo caminho.

Nesse aspecto, ilustra gentilmente a situação do trabalhador que se encontra à disposição do empregador, cuja regulação legal está contida no artigo 4º da CLT e na recente Lei nº 12.561/2011, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 6º da CLT.

O primeiro artigo citado estabelece o denominado “tempo à disposição”, ou seja, o direito de ver integrado ao seu tempo de serviço o de aguardo de ordens, o de espera, como se fosse de efetivo trabalho. O outro dispositivo refere-se aos meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, equiparando-os aos meios diretos de comando.

O artigo 4º da CLT, vigente há décadas, foi aprimorado pelo artigo 6º, parágrafo único, com a edição da lei mencionada. Interpretados em conjunto, oferecem a dimensão da evolução do ambiente laboral em razão do avanço social e tecnológico verificado na história.

A jurisprudência, por sua vez, tem emprestado a esse fenômeno diferentes interpretações.

Inicialmente acatou o direito de remuneração adicional por sobreaviso. Entende-se de sobreaviso o empregado que aguardar, em casa, o chamado ao serviço. Assim, estará ele à disposição do empregador, contando esse período de espera, como tempo de serviço, nos termos do artigo 4º da CLT.

Com fundamento, ainda, no artigo 244 consolidado (referente aos ferroviários), as decisões reinantes consideraram devido o pagamento dessas horas de sobreaviso à proporção de 2/3, enquanto estiver o trabalhador no aguardo do chamado. Referido dispositivo é aplicado por analogia a outras categorias profissionais, haja vista que retira do trabalhador a autonomia para gozo de descanso e da vida social.

*O regime de sobreaviso dos ferroviários pode ser aplicado, por analogia, a outras profissões. (TST PLENO, E-RR 4170, DJU de 06.06.80, pág. 4207).*

A premissa é a de que o trabalhador não terá liberdade fora da jornada de trabalho, com restrição da sua liberdade de locomoção.

Curioso notar que a conclusão ofertada naquele tempo ficou comprometida em razão do avanço tecnológico. Vieram os aparelhos como o “BIP”, “pager” e telefones celulares, “smartphones”, “tablets”.

Num primeiro momento surgiu o “BIP” – receptor portátil de comunicação - que, por suas características, restringia a locomoção do trabalhador, haja vista que o seu alcance era delimitado.

Nessa época, as decisões se inclinavam por admitir o direito de remuneração adicional por sobreaviso, com amparo no artigo 244, como podemos notar dessa da decisão à época do TST adiante transcrita.

*O empregado que permanece em casa aguardando chamada para o serviço por via do aparelho denominado "BIP" encontra-se em situação idêntica à do ferroviário de "sobreaviso" prevista no § 2º do art. 244 da CLT que, em consequência pode ser aplicado por analogia ao empregado efetivo não ferroviário. A utilização do "BIP", na forma mencionada, implica a perda da plenitude da disponibilidade, impondo-se, pois, evitar que desiguais (empregados com "BIP") sejam tratados como iguais (empregados sem "BIP"). Recurso de Revista desprovido. (TST, RR 1540/90.1, Ac. 3ª T. 2160/91, j. em 17.06.1991, "in" Revista LTr 55-10/1255).*

Comuns no convívio social, esses aparelhos tecnológicos foram se sofisticando e seu uso tornou-se absolutamente comum, por imposição do empregador ou não. Deixaram de representar, desde que não impedissem o trabalhador de ter livre arbítrio para a utilização do seu descanso, tempo à disposição do empregador, afastando-se a regra do artigo 244 da CLT, sob pena de se estender a todos os trabalhadores, pelo seu uso comum, o adicional por sobreaviso, em qualquer circunstância.

A jurisprudência amoldou-se a essa nova realidade e deixou de adotar o entendimento de tempo à disposição simplesmente porque o trabalhador porta um desses aparelhos eletrônicos, aplicando o artigo 244 apenas às hipóteses em que o trabalhador ficasse em casa, sem poder se locomover, como segue:

*HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO SOBREAVISO. A jurisprudência desta Corte vem entendendo no sentido de que o uso do BIP não é suficiente para caracterizar o regime de*

*sobreaviso uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando ser chamado para o serviço. O uso do aparelho BIP não caracteriza necessariamente tempo de serviço à disposição do empregador, já que o empregado que o porta pode deslocar-se para qualquer parte dentro do raio de alcance do aparelho e até mesmo trabalhar para outra empresa quando não esteja atendendo chamado pelo BIP. O regime de sobreaviso contemplado na CLT destina-se ao empregado que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento a chamada para o serviço. (TST - Ac. SDI 2239/96, E-RR 51326/92.4, DJU de 21.06.96, pág. 22486).*

A conclusão acima se estendeu aos empregados que usam telefonia móvel e que tinham acesso a rede mundial virtual por aparelhos próprios ou mesmo fornecidos pela empresa.

A jurisprudência restou pacificada, pois adotar o contrário seria ignorar novos tempos de convívio social e admitir o direito indiscriminado à remuneração de sobreaviso, em discutível premissa de uma situação fática que seria considerar que todos estão à disposição do empregador.

Não houve outra solução senão a adiante reproduzida:

*O uso do BIP, telefone celular, "lap top" ou terminal de computador ligado à empresa, não caracterizam tempo à disposição do empregador, descabida a aplicação analógica das disposições legais relativas ao sobreaviso dos ferroviários, que constituem profissão regulamentada, há dezenas de anos em razão de suas especificidades. Cabe à entidade sindical onde tais formas de comunicação são usuais fixar em negociação coletiva os parâmetros respectivos. Efetivamente, tivesse o empregado "liberdade de contratar" e no ajuste laboral já fixar condições salariais condizentes com o uso de tais equipamentos. Indubitável que a solicitação do empregado*



*e o serviço que preste em função dessa convocação constituem horas extras. (TST - Ac. 3ª T. 12505/97, RR 172.296/95.2, DJU de 27.02.98, pág. 129).*

Reiteradas decisões a respeito motivaram a Corte Superior do Trabalho editar uma Súmula, a de nº 428 (DeJT de **27.05.2011**) que assim considerou: "O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, "pager" ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço".

Imaginava-se encerrada a polêmica. A jurisprudência admitiu que não poderia considerar o "sobreaviso" em face do avanço tecnológico, sob pena de aceitar o direito a todos os trabalhadores, indistintamente, por argumento de tempo à disposição, exceto nos casos de efetivo "plantão", como deixou claro o TST em recente manifestação.

O entendimento que acabou por se consolidar nesta Corte Superior em decorrência da semana jurídica do Tribunal Superior do Trabalho foi inicialmente no sentido de que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza regime de sobreaviso; porém, por outro lado, considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecerem em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. (TST, SBDI1, E-ED-RR 414200-15.2006.5.09.0016, DeJT de 25.10.2012, pág. 70).

Contudo, foi editada a Lei nº 12.551 (DOU de 16.12.2011, pág. 3) que alterou o artigo 6º da CLT, para determinar que não há distinção entre o trabalho

realizado no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado e o à distância, sendo que os meios telemáticos (não se encontra esta palavra em todos os dicionários) e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A redação da referida lei enseja mais de uma interpretação. Pois bem, a Lei nº 12.551/2011 já mereceu do Tribunal Superior do Trabalho manifestação, com a alteração da Súmula nº 428 que teve sua redação atualizada, transcrita em seguida.

*SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Resolução nº 185/2012, DeJT de 25, 26 e 27.09.2012.*

I- *O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.*

II- *Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.*

Todo esse relato para demonstrar o quanto é dinâmico o Direito. Não poderia ser diferente, porque é revolucionário. E não se sustente acerca de possível insegurança jurídica, posto que as relações trabalhistas mudam de acordo com os seus próprios aprimoramentos e especialmente acompanhando as novas realidades sociais e tecnológicas.

Ao jurista compete compreender com exatidão que o contexto histórico deve influenciar o desenvolvimento e aprimoramento das relações trabalhistas. Não pode ignorar as mudanças sociais como relevantes ao alcance de melhores condições no mundo do trabalho.









## Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

## Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

## Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

## Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

## Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

## Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

## Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual [www.esaoabsp.edu.br](http://www.esaoabsp.edu.br), com acesso público e gratuito.

## Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

## Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

## Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: [revista@esa.oabsp.org.br](mailto:revista@esa.oabsp.org.br)



*Revista*



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade  
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: [www.esaoabsp.edu.br](http://www.esaoabsp.edu.br)  
E-mail: [revista@esa.oabsp.org.br](mailto:revista@esa.oabsp.org.br)**



ESA

**SÃO PAULO**