

Revista SÍNTESE

Trabalhista e Previdenciária

Ano XXXIII — Nº 397 — JULHO 2022

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal – Nº 21/91
Superior Tribunal de Justiça – Nº 19/91
Tribunal Superior do Trabalho – Nº 01/94
Tribunal Regional Federal 1ª Região – Nº 06/92
Tribunal Regional Federal 2ª Região – Nº 1999.02.01.057040-0
Tribunal Regional Federal 3ª Região – Nº 21/2010
Tribunal Regional Federal 4ª Região – Nº 07/0042596-9
Tribunal Regional Federal 5ª Região – Nº 09/98

DIRETOR DE MARKETING

Oswaldo Meneghel

GERENTE EDITORIAL E DE CONSULTORIA

Milena Sanches Tayano dos Santos

EDITORA

Valdinéia de Cássia Tessaro de Souza

CONSELHO EDITORIAL

Arion Sayão Romita, Carlos Henrique Bezerra Leite, Érica Paula Barcha Correia,
Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Ivani Contini Bramante, Jorge Luiz Souto Maior,
José Carlos Arouca, Marcus Orione G. Correia, Maria Garcia,
Marisa Ferreira dos Santos, Mauricio Godinho Delgado, Sergio Pinto Martins,
Thereza Christina Nahas, Wladimir Novaes Martinez

COMITÊ TÉCNICO

Enoque Ribeiro dos Santos, Ilse Marcelina Bernardi Lora,
Ricardo Souza Calcini

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Anita Duarte de Andrade, Eduardo Caringi Raupp, Fernanda Luísa Matt,
Magadar Rosália Costa Briguët, Marco Aurélio Serau Junior,
Miguel Horvath Junior, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi,
Paula Maia, Renata Albuquerque Palcoski,
Roberto Luis Luchi Demo, Sérgio Henrique Salvador

Lei nº 14.311/2022 (Afastamento da Gestante das Atividades Presenciais): Aparente Antagonismo entre a Imunização e a Vontade Individual — Mais uma História Que Se Repete

ANITA DUARTE DE ANDRADE

Advogada, Presidente da Comissão de Direito Sistêmico OAB/PE. Professora, Membro do Grupo Trabalhista Sistêmico, Pós-Graduada em Processo e Direito do Trabalho, Pós-Graduada em Direito Previdenciário. Coautora em obras jurídicas e colunista em *sites* jurídicos.

RENATA ALBUQUERQUE PALCOSKI

Juíza do Trabalho no TRT12, Membro do Grupo Trabalhista Sistêmico. Coautora em obras jurídicas e entusiasta do Direito Humanizado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Vetos e apontamentos sobre a Lei nº 14.311/2022; 2 Lei nº 14.311/2022: um *looping* no raciocínio do que seja opção pessoal *versus* a intenção protetiva das gestantes não vacinadas; 3 Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero; 4 “O todo é maior que a soma das partes”: visão sistêmica sobre a Lei nº 14.311/2022; 5 O que fazer? Possíveis caminhos com base em soluções sistêmicas; Conclusão; Referências.

Dilatai a fraternidade, e chegareis das afeições individuais às solidariedades coletivas, da família à nação, da nação à humanidade. (RUY BARBOSA)

INTRODUÇÃO

Consabido e notório que, em virtude da pandemia, do estado de calamidade pública e do estado de emergência decorrentes do coronavírus, diversas leis e medidas provisórias foram publicadas para trazer luz às soluções possíveis para enfrentar referido momento. Muitas delas, em razão da urgência, elaboradas, aparentemente, sem a devida maturação e outras visando solucionar problemas antigos, também feitas e editadas sem discussões com os interessados. A lei objeto deste trabalho não foge desse padrão.

A *Lei nº 14.311/2022*, sancionada no início de março, altera a *Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021*, para disciplinar o afastamento da empregada gestante, inclusive a doméstica, não imunizada contra o coronavírus SARS-Cov-2 das atividades de trabalho presencial quando a atividade laboral por ela exercida for incompatível com a sua realização em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância, nos termos em que especifica (BRASIL, *on-line*).

De início, já é possível observar que a mencionada lei traz soluções contraditórias sobre a obrigatoriedade da vacina, e, em razão da insegurança jurídica que traz, poderá ser mais um instrumento fruto de discriminação às trabalhadoras gestantes, considerando que, muitas vezes, pelo fato de serem mulheres, já sofrem discriminações estruturais. Ademais, pela aparente especialidade de tratamento, que visa tão somente a proteção ao nascituro, também é alvo de discriminação no mercado de trabalho. Embora existam leis visando coibir tais discriminações, nota-se, por meio da realidade e dos dados de pesquisas, a disparidade em razão da perspectiva de sexo e de gênero.

O presente trabalho tem por objetivo trazer algumas noções gerais sobre a lei, propondo demonstrar algumas incoerências, reflexões e possibilidades, com base nos fundamentos básicos do pensamento sistêmico.

1 VETOS E APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 14.311/2022

Para entender a perspectiva do paradigma sistêmico por meio do qual o foco no presente texto será ajustado, não podemos deixar de tratar daquilo que foi excluído na nova lei em decorrência dos vetos presidenciais.

A importância de olhar para os direcionamentos legais excluídos repousa justamente no fato de que viola a lei do pertencimento, uma das quais rege os sistemas, sendo inevitável constatar os impactos dessa exclusão nas relações reguladas pela lei. Isso, especialmente, quando a exclusão busca reduzir a responsabilidade do Estado, o qual também é um dos elementos daquela relação surgida e decorrente do momento emergencial que remetemos no início dessa explanação. Noutras palavras, no panorama que circunda a lei em apreço, no qual em decorrência de situações extremas o Estado necessitou intervir na relação trabalhista de particulares, não condiz com a lógica desse novel sistema, que o Estado interfira na relação e ao mesmo tempo se exima de qualquer responsabilidade acerca das criações legislativas que fará recair sobre os demais elementos desse sistema. Ficará mais claro adiante.

Nessa senda, antes de adentrar nas discussões jurídicas de legalidade, constitucionalidade e convencionalidade, é importante ainda registrar os vetos presidenciais que a Lei nº 14.311/2022 sofreu. O Presidente Jair Bolsonaro vetou alguns trechos da lei aprovados pelo Congresso Nacional, entre eles destacam-se: a previsão de que a empregada gestante deveria retornar ao trabalho presencial na hipótese de interrupção da gestação, observado o disposto no art. 395 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com o recebimento do salário-maternidade no período previsto no referido artigo.

Outrossim, foi vetado o trecho que estabelecia que, na hipótese de a natureza do trabalho da gestante ser incompatível com o teletrabalho, ela deveria receber, em substituição à sua remuneração, o salário-maternidade desde o início do afastamento até 120 dias após o parto (BRASIL, *on-line*). A justificativa foi de que a disciplina fere o interesse público. Contudo, em verdade, é do interesse público que uma solução razoável e protetiva seja oferecida para as gestantes e as empresas, salvaguardando mencionado interesse público e trazendo segurança jurídica aos envolvidos.

Vale salientar, em reforço ao que de fato é interesse público nessa situação, que a Convenção nº 103 da OIT estabelece, no art. 4º, item 8, internalizada ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 58.820, de 14.07.1966, que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. Importante destacar, ainda, que as convenções da OIT, por se consubstanciarem em tratados de direitos humanos, possuem *status* normativo supralegal (RE 466343, Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, J. 03.12.2008, Repercussão Geral, DJ 05.06.2009).

Ademais, apesar de o veto ter sido no sentido da impossibilidade de recebimento do salário-maternidade no caso do afastamento da gestante e da impossibilidade do teletrabalho, trabalho remoto ou a distância, existem ações e continuarão existindo ações na Justiça Federal em que o empregador entende não ser responsável pelo pagamento da remuneração da empregada afastada em razão dos efeitos da pandemia. Existem decisões no sentido de determinar que o INSS conceda o salário-maternidade nos casos em que a empregada gestante afastada pela Lei nº 14.151/2021 não pode exercer teletrabalho. O veto, além de trazer um ônus excessivo ao empregador, ainda demonstra contrariar a Convenção nº 103 da OIT e a Constituição/1988 (art. 6º da CF), pois coloca toda a carga e responsabilidade única e exclusivamente para o empregador.

E esse desaguar de ações na Justiça Federal já demonstra o quão nefasto é um ato de exclusão dessa gramatura em um sistema, pois o elemento essencial para equalizar a relação laboral submetida à situação excepcional retirou de si toda e qualquer responsabilização pelo texto da nova lei. Contudo, não deixará de ser responsabilizado pela via judicial, por exemplo. A problemática está nas consequências decorrentes do veto, já que muitas empresas e gestantes talvez não busquem essa discussão judicial, outros busquem mas não tenham êxito, e outros consigam a responsabilização do Estado via autarquia previdenciária, mas o caminho até aí poderia ter sido poupado com a manutenção da previsão legal. Indubitavelmente, o veto, aqui chamado de exclusão, refletirá por muito tempo nas mais diversas relações trabalhistas de empregadores e de empregadas gestantes pelo País afora. E aí está a triste constatação antes mencionada, de que a violação à lei do pertencimento cobrará a restituição da responsabilidade excluída. Novamente, frisamos que a problemática é: A que preço, não é?

Posto isso, passa-se a analisar e refletir, de forma sucinta, os pontos abordados na Lei nº 14.311/2022. No art. 1º, a novel lei estabelece que, durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2, a empregada gestante que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), deverá permanecer afastada das atividades de trabalho presencial (BRASIL, *on-line*).

Nota-se que não é claro o conceito do que seja “imunização total”, a própria lei determina que quem irá definir é o Ministério da Saúde. Fato que, inclusive, parece trazer uma insegurança não só jurídica, mas de desproteção, uma vez que não se sabe se a imunização engloba “duas doses” ou a dose de reforço. De acordo com o item 3,6 da Nota Técnica nº 11/2022-Secovid/GAB/Secovid/MS, considera-se como esquema completo de vacinação o indivíduo que completou o esquema Dose 1 + Dose 2 + Reforço ou Dose de Janssen + Reforço (após 2 meses), mas repise-se que a lei deixou a determinação em aberto (BRASIL, *on-line*).

Ademais, a nova lei estabelece que a empregada gestante afastada que ainda não tenha sido totalmente imunizada contra o referido agente infeccioso, de acordo com os critérios definidos pelo Ministério da Saúde e pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI), ficará à disposição do empregador para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância. Frise-se que para o

fim de compatibilizar as atividades desenvolvidas pela empregada gestante, o empregador poderá, respeitadas as competências para o desempenho do trabalho e as condições pessoais da gestante para o seu exercício, alterar as funções por ela exercidas, sem prejuízo de sua remuneração integral e assegurada a retomada da função anteriormente exercida, quando retornar ao trabalho presencial (BRASIL, *on-line*). Observamos que a lei cria uma possibilidade de alteração unilateral do contrato de trabalho.

Vale ressaltar que, caso o empregador não opte pela modalidade de teletrabalho, trabalho remoto ou a distância, a empregada gestante *deverá* retornar à atividade presencial nas seguintes hipóteses (grifos nossos):

- 1) após o encerramento do estado de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus SARS-CoV-2;
- 2) após sua vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2, a partir do dia em que o Ministério da Saúde considerar completa a imunização;
- 3) mediante o exercício de legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada, conforme o calendário divulgado pela autoridade de saúde e mediante o termo de responsabilidade e de livre consentimento para exercício do trabalho presencial, comprometendo-se a cumprir todas as medidas preventivas adotadas pelo empregador. O exercício da opção é uma expressão do direito fundamental da liberdade de autodeterminação individual, e não poderá ser imposta à gestante que fizer a escolha pela não vacinação qualquer restrição de direitos em razão dela (BRASIL, *on-line*).

A lei deixa claro que faz parte do poder diretivo do empregador manter o teletrabalho, trabalho remoto ou presencial, mas usa o termo “deverá” quando tratar do retorno da gestante para o trabalho presencial. Nota-se que a gestante não pode se recusar de forma injustificada a retornar ao trabalho presencial, no caso de estar imunizada.

Sublinhamos que a empregada celetista tem direito à estabilidade provisória de até cinco meses após o parto. Sendo assim, o empregador poderá dispensar a gestante em caso de recusa injustificada de retorno, se não estiver usufruindo o período de estabilidade legal; entretanto, só é possível aplicando a dispensa por justa causa.

Destacamos que a terceira possibilidade vai de encontro com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que tratou sobre a constitucionalidade das medidas indiretas para vacinação, as quais compreendem, entre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes (ADPF 754, *ADIs 6.586, 6.587 e ARE 1.267.879*). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 898, decorrente da Portaria nº 620/2022, a qual proíbe as empresas de exigir comprovante de vacinação contra a Covid-19 de seus funcionários, em plenário virtual, no início de dezembro de 2021, sob relatoria de Barroso, sugeriu a possibilidade de não vacinação apenas nos casos de trabalhadores com comprovante médico pela contraindicação ao imunizante. Em razão das polêmicas e de reputar essa hipótese de retorno como uma mudança central na lei, o próximo tópico tratará exclusivamente deste assunto.

2 LEI Nº 14.311/2022: UM *LOOPING* NO RACIOCÍNIO DO QUE SEJA OPÇÃO PESSOAL *VERSUS* A INTENÇÃO PROTETIVA DAS GESTANTES NÃO VACINADAS

Insta rememorar que, recentemente, a Lei nº 14.151/2021 vedava o exercício presencial das atividades laborais das gestantes, em meio ao estado de calamidade pública, decorrente da famigerada pandemia do coronavírus. A referida legislação foi publicada em 12.05.2021, época em que a vacinação já estava ocorrendo em nosso território nacional; todavia, mantinham-se algumas dúvidas acerca de eventuais riscos da imunização para as gestantes. Nessa quadratura, tivemos a publicação da mencionada lei para determinar o teletrabalho, trabalho remoto ou afastamento com manutenção de salário para as empregadas gestantes.

Contudo, agora que as vacinas foram liberadas para as mulheres grávidas, a nova legislação (Lei nº 14.311/2022) permite que aquelas optem, por motivos de autodeterminação, a não se vacinarem, podendo, portanto, voltar ao labor presencial, desde que assinem um termo de responsabilidade e tomem as medidas protetivas exigidas pelo empregador.

Ou seja, outrora não importava a vontade das partes, cabendo tão somente a obediência ao afastamento compulsório do labor presencial, inferindo-se que o objetivo seria prevenir o contágio do coronavírus para empregadas gestantes, cuja imunização ainda não era aconselhável cientificamente. Agora, depreende-se que o risco em face da contaminação já não é mais o foco principal da proteção, uma vez que o enfoque tuitivo da nova

lei se direciona à “legítima opção individual pela não vacinação contra o coronavírus SARS-CoV-2 que lhe tiver sido disponibilizada” (BRASIL, *on-line*).

Destacam-se algumas medidas protetivas que o empregador pode exigir, com base na Portaria Interministerial MTP/MS nº 14, de 20 de janeiro de 2022, como a higiene das mãos, as etiquetas respiratórias, o distanciamento social, a higiene e a limpeza dos ambientes, entre outros (BRASIL, *on-line*).

Logo no início da Lei nº 14.311/2022, é possível deduzir que o legislador justifica a necessidade de disciplinar a situação da empregada gestante em virtude da pretérita determinação, ampla e genérica, da lei original acerca do afastamento do trabalho presencial da empregada gestante não imunizada contra o coronavírus. Destacamos, ainda, que, na legislação que altera a anterior, inclui-se a empregada doméstica, até então não mencionada na legislação alterada. Observamos que mais uma vez um texto legal planta o antagonismo entre a imunização e a vontade individual, como já se havia observado, por exemplo, na Portaria nº 620 do MTP, suspensa atualmente.

Outrossim, apesar de a lei não tratar de forma expressa, a interpretação é no sentido de que as hipóteses estabelecidas na Lei nº 14.311/2022 se aplicam para as gestantes que resolveram se vacinar após a mencionada lei.

Além disso, com base em mais uma singela comparação entre a lei de 2021 com a atual lei de 2022, constatamos que, embora a revogação tenha se apresentado no intuito de disciplinar a situação do afastamento presencial das empregadas gestantes dos seus postos de trabalho, em verdade a Lei nº 14.311/2022 mudou o foco inicial e criou maior insegurança no aspecto da imunização em nosso País. Isso porque, se, no cenário anterior, o receio que impulsionou a edição da norma se dava pela incerteza quanto à liberação de vacinação para gestantes, demonstrando uma razoável preocupação com a saúde pública; no contexto atual, a questão é muito mais voltada para uma opção que parte unicamente da vontade individual de não se vacinar e continuar trabalhando presencialmente. Parece que tal determinação fere a isonomia entre os empregados, uma vez que as gestantes terão tratamento diferenciado no quesito da obrigatoriedade de apresentação do cartão de vacinação, por exemplo. Fato capaz de gerar ainda mais preconceitos e ações judiciais no que tange ao tema “mercado de trabalho da mulher”.

Quanto a esse aspecto levantado acerca do mercado de trabalho da mulher, urge lembrar que em 2021 o CNJ aprovou uma recomendação que institui, no âmbito do Poder Judiciário, um protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Pedimos licença para um parêntesis no fito de abordar o mencionado tema, antes de retornar ao raciocínio específico das alterações trazidas pela lei ora em apreço.

3 PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

Vale ressaltar que, na nossa sociedade, os índices demonstram certo preconceito com a figura da mulher no mercado de trabalho. Com a pandemia – pela questão do afastamento em razão da gravidez e dessas mulheres não terem com quem deixar seus filhos – a produtividade do trabalho de algumas mulheres caiu e muitas precisaram faltar mais do que o esperado. Essa é uma das realidades que podem ser constatadas.

Para fortalecer tal embasamento: do terceiro trimestre de 2019 até igual período do ano passado, as mulheres perderam 5,7 milhões de postos de trabalho e o desemprego aumentou em 504 mil. Os dados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, do IBGE. Segundo a pesquisa *“Sem parar: o trabalho e a vida das mulheres na pandemia”*, realizada pelas organizações Gênero e Número e Sempre Viva, metade das mulheres brasileiras passou a cuidar de alguém durante a pandemia (filhos, idosos, pessoas com deficiência ou outras crianças). Dessas, 42% não têm apoio externo, como profissionais, instituições ou vizinhos. Entre as mães, metade (49%) afirmou que aumentou a necessidade de auxiliar os filhos de até 12 anos nas atividades educacionais *on-line*. Responderam ao questionário *on-line* do estudo, disponibilizado entre abril e maio de 2020, 2.641 mulheres de todas as regiões do Brasil, em área urbana e rural (UNIBANCO, *on-line*).

Outrossim, o segundo ano da pandemia da Covid-19 em 2021 indica um retrocesso de quatro anos em termos de conquistas das mulheres no mercado de trabalho. E os prejuízos causados na empregabilidade e aqueles envolvendo a diferença de salário na comparação com homens só devem ser neutralizados em 2030 caso o ritmo dos progressos vistos antes dobre e os esforços de boas práticas empresariais e políticas públicas aumentem, diz relatório anual da PwC.

Saliente-se que o direito das trabalhadoras gestantes é visto, em regra, como um tratamento diferenciado e especial à mulher, o que termina gerando discriminações de gênero no âmbito laboral.

Entre essas e outras razões, em 2021 foi publicado, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, que foi inspirado no “*Protocolo para juzgar com perspectiva de género*”, concebido pelo Estado do México, após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ademais, o documento atende ao Objetivo 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), o qual trata sobre todas as formas de discriminação de gênero (ESTADÃO, *on-line*).

A medida também foi aprovada considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Márcia Barbosa de Souza (o autor do homicídio da jovem de 20 anos não chegou a cumprir pena, porque morreu de infarto. A condenação só veio a ocorrer quase 10 anos depois do homicídio praticado por ele). Considerou-se também outros fatos *v. Brasil*, em razão das falhas repetidas à integridade das mulheres, e, como reparação, determinou uma série de medidas, entre as quais se destaca o mencionado protocolo (CNJ, *on-line*).

O documento tem por objetivo a imparcialidade no julgamento de casos contra mulheres e visa evitar avaliações baseadas em estereótipos e preconceitos existentes na sociedade, com o fim de desconstruir e superar desigualdades históricas e de discriminação de gênero.

A sua criação resulta de estudos realizados por um grupo de 21 representantes de vários ramos da justiça e é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passa a reconhecer as desigualdades históricas e a necessidade de uma cultura jurídica emancipatória. Passados tais esclarecimentos, voltemos ao raciocínio acerca da lei objeto deste estudo.

4 “O TODO É MAIOR QUE A SOMA DAS PARTES”: VISÃO SISTÊMICA SOBRE A LEI Nº 14.311/2022

Há séculos que nossa construção do pensamento se baseia no método cartesiano, o qual aprofunda o conhecimento pela dissecação cada vez mais segmentada das partes, lidando com a disjunção e categorização dos saberes. Nessa egrégora mecanicista também experimentamos, na academia, o lapidar dos operadores do Direito voltado para a competição e a disputa. Contudo, nas últimas décadas, o pensamento cartesiano vem dando espaço para uma abordagem holística que observa a inter-relação entre as partes que compõem o todo, buscando contextualizar as denominadas partes por meio de suas conexões e seus princípios com uma totalidade maior, sendo denominado de pensamento sistêmico.

Sobre uma das bases do pensamento sistêmico, a saber, a teoria sistêmica iniciada com Von Bertalanffy, nos diz Edgar Morin (2015, p. 19) que

em princípio a teoria dos sistemas é muito mais ampla, quase universal, já que num certo sentido toda realidade conhecida, desde o átomo até a galáxia, passando pela molécula, a célula, o organismo e a sociedade, pode ser concebida como sistema, isto é, associação combinatória de elementos diferentes.

Esse novo paradigma sistêmico, que vem tomando espaço pouco a pouco, nos convida a refletir para além da linearidade, adentrando ao âmbito do pensamento complexo. Isso porque se torna necessário buscar compreender a dinâmica entre o uno e o múltiplo e as variadas formas como essas relações se constituem no mundo fenomênico.

A respeito dessas tantas relações entre a parte e o todo, entre o uno e o múltiplo, ou, ainda, entre o individual e o coletivo, Morin nos ensina que está inerente a essa dinâmica o antagonismo e a complementaridade, no sentido de possibilitar em alguma medida a ordem e, também, viabilizar fluidez e continuidade pela desordem. Porém, colocar-se a observar esses fenômenos exige ir além da categorização, do reducionismo e da simplificação. Nas palavras do filósofo:

Temos conhecimentos simples que não ajudam a conhecer as propriedades do conjunto. Uma constatação banal cujas consequências não são banais: a tapeçaria é mais do que a soma dos fios que a constituem. Um todo é mais do que a soma das partes que o constituem. (MORIN, 2015, p. 85)

E segue:

A complexidade não é apenas a união da complexidade e da não complexidade (a simplificação); a complexidade está no coração da relação entre o simples e o complexo, porque uma tal relação é ao mesmo tempo antagônica e complementar. (MORIN, 2015, p. 103)

Muitos estudiosos passaram a abordar o pensamento sistêmico em diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo de Bert Hellinger, que, com base em inúmeras experiências, desenvolveu a terapia da Constelação Familiar e ressaltou as Ordens do Amor, constituídas por três leis: a lei da ordem/hierarquia, a lei do pertencimento e a lei do equilíbrio entre o dar e o tomar. A da hierarquia, no sentido de que quem vem primeiro tem precedência; a do equilíbrio, a qual dispõe que deve existir um balanceamento

entre o dar e o receber; e a do pertencimento, que aduz que todos devem fazer parte da relação (sistema) (HELLIGER, 2015).

Nas Ordens do Amor ensinadas por Bert Hellinger, verifica-se que as leis sistêmicas regulam todos os sistemas, a exemplo do sistema familiar, do organizacional ou qualquer sistema, de modo que tais ordens mantêm a harmonia no sistema. Hellinger (2007) defende que “é possível compreender que o desrespeito a esses princípios fundamentais da vida é capaz de interromper o fluxo da vida e do amor”.

Por uma análise hellingeriana, nosso sistema (País) precisa de harmonia, e, para tanto, é necessário respeitar o equilíbrio entre os elementos do sistema. O que fazer: preservar o coletivo ou a liberdade individual e a autorresponsabilidade? Os arts. 157 e 158 da CLT trazem as respostas e na maioria dos incisos prima pela coletividade. Sendo assim, cabe ao empregador seguir as normas e as orientações dos órgãos, e instruir o empregado a observar as normas e colaborar. Nos termos da ADPF 898, com os quais concordamos, assiste razão à autoridade responsável pela norma impugnada quanto à existência de justificativas legítimas para a não vacinação em alguns casos. Tais justificativas estão previstas no Plano Geral de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19 (Plano Nacional de Vacinação) e dizem respeito a situações em que a vacinação apresenta risco relevante para a saúde do empregado, tais como: hipersensibilidade aos componentes da vacina, reação anafilática, trombose e síndrome de extravasamento capilar (as duas últimas no caso de alguns imunizantes). Nessas hipóteses e em outras sobre as quais haja consenso científico, é aceitável que efetivamente se afaste o dever de vacinação, de forma a evitar a discriminação laboral em razão de condição particular de saúde do empregado.

Nesse viés, extraímos do cenário político atual que a Lei nº 14.311/2022 atua no escopo de salvaguardar os ideais políticos de uma parcela dos cidadãos, atuando como salvadora dessas teses, sem ter poder para tal desiderato. Usa um poder que não possui, como uma criança que brinca com uma vareta de pau para imitar um mágico; todavia, com consequências reais na vida de milhões de pessoas, portanto, com um altíssimo grau de responsabilidade social. Fortalecem-se argumentos em prol de uma autonomia de vontade que não é verdadeiramente livre e responsável, pois guiada pelo jogo político.

A referida postura acentua a separação do todo e da parte, do indivíduo e da coletividade, e dos direitos em “caixas personalizadas”. Mas nessa

cisão permanecemos errando e estamos chegando a um ponto em que o progresso cego de conhecimento, de teorias e ideologias que não dialogam entre si, passa a criar abismos praticamente intransponíveis. Precisamos, urgentemente, compreender que o individual e o coletivo caminham juntos, por meio de relações complexas, estando o tempo todo interligados, ora sobressaindo um, e ora sobressaindo mais o outro, a depender das circunstâncias que os circundam e que ao mesmo tempo os afetam.

Na esfera jurídica, temos essa noção intrínseca de que não há, no ordenamento jurídico, um direito absoluto, *i.e.*, também existe a clara constatação de que há complexidade na relação entre os direitos fundamentais, por exemplo.

Não é coerente focar todas nossas energias dando atenção ao que nos distingue e ao que delimita os traços de nossa individualidade, se o que nos torna diferentes é uma fração mínima em cotejo com o que nos torna semelhantes. Noutras palavras, estamos conectados e em convivência, cada um de nós, com os demais e, obviamente, com nosso sistema terrestre. Essa participação do pulso da vida terrena é inerente e real em todos os seres humanos, aliás, em todos os seres vivos. Nisso somos iguais. E sem isso não somos nada, porque deixamos de existir para a dinâmica deste planeta. Nossa individualidade está inserida nessa estrutura, mas não é maior que ela. Isso é um fato.

Vivemos tão acostumados e mergulhados no paradigma da competição, disputa e violência, que muitas vezes esquecemos que, apesar das inúmeras diferenças que tornam cada ser humano único, também guardamos em nós uma essência que nos iguala, que é justamente a essência humana. Portanto, olhar para a complexidade com as lentes da separatividade não funciona, pois afasta-se da questão principal de todo ser humano, que é estar vivo. Precisamos refletir, entender que o indivíduo (e sua individualidade) faz parte do todo e não existe fora dele. O atual peso dado à coletividade na balança entre direitos, que não são absolutos (direito individual x direito coletivo), justifica-se por ser o que nossa sociedade atual pode oferecer para reduzir o quanto possível a mortalidade de indivíduos – com eles a morte de suas individualidades. Não há como pensar sob a ótica da complexidade sem estar guiado pela compreensão de solidariedade.

Nesse viés que remete à solidariedade nos esclarece Morin:

A complexidade é diferente da completude. Imagina-se com frequência que os defensores da complexidade pretendem ter visões completas das coisas.

Por que pensariam assim? Porque é verdade que pensamos que não se podem isolar os objetos uns dos outros. No fim das contas, tudo é solidário. Se você tem o senso da complexidade, você tem o senso da solidariedade. (2015, p. 68)

Refletir sistemicamente é eleger o pensamento sistêmico como novo paradigma, na forma apresentada por Capra e Mattei (2018), na obra *Revolução ecojurídica*. Desse modo, as normas e, por via de consequência, os apontamentos feitos à lei, objeto deste estudo, demonstram que “tem presença viva e é uma expressão de nosso comportamento ético e social, formado pelas obrigações que temos uns para com os outros e para com os *commons*” (comunidade). Dessa forma, as análises sobre a lei são resultado da obrigação ética e social que temos de forma individual (uns com os outros) e com o *commons* (sociedade).

Souza (2010) demonstra que a solidariedade é mais que uma declaração moral, ela passa a orientar direitos e deveres e, nesse sentido, funciona como norte e fundamento de deveres fundamentais. A partir de um imperativo de cidadania, ela impõe aos membros de uma sociedade e ao Estado deveres de cooperação.

Ser solidário, portanto, consiste em nortear os comportamentos conciliando o individual e o coletivo.

Nesses termos, aplicar o princípio da solidariedade no contexto da Lei nº 14.311/2022, no sentido de evitar segregação decorrente de temas polêmicos e políticos, primando pelo olhar da coletividade, soma-se à proteção estatuída teleologicamente como base do direito do trabalho (individual), já que possibilita de uma maneira macro e sistêmica a proteção efetiva da gestante, do nascituro, dos demais empregados e da própria empresa.

Ressaltando que em uma pandemia: o valor maior é a vida, na mais singela acepção da palavra. O próprio art. 170 da Constituição Federal de 1988 traz esse olhar sistêmico, quando coloca a livre iniciativa e a valorização do trabalho no mesmo patamar e com a mesma valoração, já que são complementares e seguem juntos na engrenagem da relação existente entre o capital e o trabalho, pois ainda é assim que atualmente nos relacionamos neste contexto.

Diante de tais reflexões, é possível traçar possíveis soluções? É o que tentaremos construir no próximo tópico.

5 O QUE FAZER? POSSÍVEIS CAMINHOS COM BASE EM SOLUÇÕES SISTÊMICAS

A Lei nº 14.311/2022 reprisa a pseudodualidade entre a imunização e a vontade individual. Em uma rápida busca na Internet, são encontrados inúmeros artigos científicos e opiniões sobre o tema, fato que tende a gerar conflitos e uma busca por solução na seara da Justiça do Trabalho.

Evidencia-se que no Brasil existe uma preferência para solucionar os conflitos na Justiça, com um terceiro ditando a conduta a ser tomada, método heterocompositivo de solução de conflitos. Com todas as dificuldades criadas pelo momento de pandemia e discussões legais: a insegurança jurídica, a insatisfação da sociedade e o número de processos tende a aumentar. Em 2020, foram ajuizadas 21.824 ações com o assunto Covid-19, do total de 1.451.963 novos casos nas Varas de Trabalho. Já, nos três primeiros meses deste ano, foram 2.114, do total de 305.603 (CAVALLINI, *on-line*). Os números mostram que a quantidade de novas ações na Justiça do Trabalho a cada ano é gigantesca.

Em momentos como o atual, solucionar os conflitos de forma pacífica e com meios autocompositivos, ou seja, com ampliação de consciência e uma maior autonomia, pode ser um caminho para trazer segurança jurídica e amadurecimento social. A utilização do já mencionado princípio da solidariedade pode ser capaz de trazer uma nova roupagem para a administração e solução de conflitos e demonstrar outros caminhos.

Em tempos de crise, o fator criatividade pode auxiliar e gerar avanços nas soluções/administração de conflitos. Situações difíceis também servem para trazer evoluções. Sendo assim, privilegiar os mecanismos internos de gestão e administração de conflitos pode auxiliar no processo de tomada de decisões mais seguras. Existem inúmeros caminhos, mas no presente artigo trataremos alguns que reputamos possíveis para construir uma solução, e são eles:

1. A escuta e o diálogo, que são instrumentos antigos e simples para se alcançar uma solução viável, equilibrada e que traga uma satisfação para os indivíduos envolvidos e para a coletividade, inclusive o ordenamento jurídico brasileiro aponta alguns mecanismos que possibilitam o diálogo interno entre empregado e empregador. A Carta Maior, no art. 11, para empresas com mais de 200 empregados, tutela ao obreiro o direito de votar e eleger um representante dos empregados com finalidade de promover-lhes o entendimento direto com o empregador e garantir melhoria das condições de trabalho. Tal disciplina foi regulamentada com a Reforma Trabalhista (Lei

nº 13.467/2017), nos arts. 510-A até 510-D da CLT. Ademais, a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), em empresas com mais de 20 empregados, poderá auxiliar no intento do diálogo e melhorar a interação entre os sujeitos envolvidos: empregado e empregador. Ampliar a consciência e prestigiar os meios autocompositivos de administração dos conflitos, além de permitir um maior discernimento dos sujeitos envolvidos, evita que um terceiro imponha uma solução, mesmo que nem sempre conhecendo as realidades especiais e específicas do caso, fato que pode gerar conflitos maiores e insatisfações dos atores sociais envolvidos e não alcançar o objetivo maior: a paz social.

2. Além disso, para preservar a autorresponsabilidade, também importante dentro das relações humanas, é aconselhável que o empregador promova ações educativas e permita o teletrabalho (quando possível). A própria lei disciplina que, quando o trabalho da gestante for incompatível com o teletrabalho, trabalho remoto ou a distância, o empregador poderá realizar uma alteração temporária da função da gestante, sem que isso ocasiona alegações de alteração contratual lesiva, desvio/rebaixamento de função e que o salário da gestante seja mantido até a percepção do salário-maternidade. É de bom alvitre pontuar a importância da análise das diferenças salariais e eventual necessidade de complementação caso a “nova função” seja mais complexa e melhor remunerada.

3. Nos casos em que a empregada gestante atue na área de saúde ou em ambientes insalubres que não permitam a transferência da função para ambiente salubre, para preservar esta ordem do equilíbrio, é possível a aplicação do art. 394-A, § 3º, CLT, o qual permite que, quando não for possível a gestante exercer suas atividades em local salubre da empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213/1991, durante todo o período de afastamento. Apesar do veto presidencial no trecho que disciplinava que o período de afastamento pudesse ser remunerado como salário-maternidade, as empresas ainda poderão, de forma administrativa ou judicial, buscar que os salários pagos durante o afastamento possam ser compensados do recolhimento da contribuição previdenciária a título de salário-maternidade até os 120 após o parto.

4. Ademais, de forma antecipada, poderá elaborar regras de conduta para implementar na empresa, acrescentar normas no regulamento empresarial, com o fim de destacar a importância da saúde e da preocupação com o coletivo. Poderá, outrossim, possibilitar a inserção de programas que

tragam incentivo à vacinação, de forma análoga a que a CLT (art. 473, IV) traz para incentivar a doação voluntária de sangue, entre outras medidas que não o exima do poder-dever de garantir um ambiente de trabalho hígido e não o torne “grande” (sistemicamente falando), ou seja, não o torne o salvador/herói de uma relação trabalhista e sobretudo da coletividade, além de prezar pela proteção do nascituro. Salienta-se que a dispensa sem justa causa e, principalmente, a dispensa por justa causa devem ser as últimas medidas tomadas, uma vez que o empregador tem o poder-dever de gerir o contrato e de tutelar a função social e a continuidade da relação de emprego. Além disso, a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano se complementam, uma vez que o empregado é também consumidor e, por isso, parte integrante na movimentação da economia.

CONCLUSÃO

Por tudo isso, concluímos que a Lei nº 14.311/2022 trouxe alguns esclarecimentos, sobretudo por ressaltar o direito ao afastamento das atividades de trabalho presencial para trabalhadoras que ainda que não tenham sido totalmente imunizadas sob os critérios do Ministério da Saúde e do Plano Nacional de Imunizações, por sanar lacunas do regramento anterior sobre o trabalho das gestantes quando sua atividade é incompatível com o teletrabalho, por trazer mais segurança jurídica, uma vez que a gestante ou trabalhava em teletrabalho trabalho remoto ou a distância ou deveria ser afastada do trabalho, fato que trouxe prejuízos e mais discriminação. Entretanto, a mencionada lei gerou ainda mais insegurança jurídica e desproteção às grávidas não vacinadas, uma vez que não deixou claro o conceito de “ciclo vacinal completo”, deixando a cargo do Ministério da Saúde. Ademais, estabeleceu como uma das possibilidades o retorno da gestante não vacinada, fato que vai de encontro com as recentes decisões do STF e diretrizes gerais de Estados e Municípios, no que tange ao tema imunização.

Os vetos presidenciais excluíram responsabilidades essenciais do Estado em face da situação emergencial que deu origem à legislação, fato que aumenta a insegurança jurídica dos atores envolvidos nessa relação trabalhista e que ainda poderá ser causa do aumento de ações judiciais para buscar sanar a lacuna aberta com a referida exclusão decorrente do veto.

Quanto ao embate promovido pela lei ao trazer à tona, novamente, discussão sobre a obrigatoriedade de vacinação em cotejo com a escolha individual de não se vacinar, enfatizamos a importância de um olhar mais amplo para a referida disputa, a qual é ilusória, já que do aspecto da com-

plexidade o todo é maior que a parte e, no contexto social atual, a solução mais adequada pende para salvaguardar interesses da coletividade, em prol, em última análise, de preservar o maior número de vidas.

Por derradeiro, com base em todas essas singelas ponderações, reverbera do seio da nossa sociedade o seguinte questionamento, com o qual deixaremos os prezados leitores a refletir:

O que nos falta, enquanto indivíduos que compartilham a mesma nação, para criarmos conexões entre esses lados aparentemente tão antagônicos e pensarmos em soluções que sejam boas para todos?

REFERÊNCIAS

BRASIL, *on-line*. *Lei nº 14.311/2022*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14311.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL, *on-line*. *Nota Técnica nº 11/2022-Secovid/GAB/Secovid/MS*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/vacinas/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacina-contra-a-covid-19/notas-tecnicas/2022/nota-tecnica-no11.pdf/view>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL, *on-line*. *Portaria nº 620/2021 MTP*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL, *on-line*. *Portaria Interministerial MTP/MS nº 14/2022*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mtp/ms-n-14-de-20-de-janeiro-de-2022-375794121>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CAPRA, F.; MATTEI, U. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. São Paulo: Cultrix, 2018.

CAVALLINI, M. *Número de ações trabalhistas envolvendo a Covid-19 chega a 24 mil*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2021/04/15/numero-de-acoes-trabalhistas-envolvendo-a-covid-19-chega-a-24-mil.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2022.

CNJ. *Recomendação nº 128/2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

ESTADÃO, *on-line*. *Conquistas do mercado da mulher deve retroceder em 4 anos*. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/conquista-da-mulher-no-mercado-de-trabalho-deve-retroceder-4-anos-com-pandemia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

HELLINGER, B. *Simetria oculta do amor*. 6. ed. Tradução: Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2015.

MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. 5. ed. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2015.

SOUZA, B. S. *O constitucionalismo solidário: responsabilidade, democracia e inclusão*. Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. p. 241.

UNIBANCO, *on-line*. *A pandemia elevou a sobrecarga de trabalho das mulheres na educação*. Disponível em: <https://www.institutounibanco.org.br/conteudo/pandemia-elevou-sobrecarga-de-trabalho-das-mulheres-na-educacao/>. Acesso em: 28 mar. 2022.