

## A Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5.938/DF à luz da teoria dos jogos

Ricardo de Souza Moreira<sup>1</sup>

Rosangelo Koltz<sup>2</sup>

Vinícius Raposo de Carvalho<sup>3</sup>

### Introdução

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, também conhecida como reforma trabalhista, alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

No que diz respeito ao trabalho da mulher em ambientes insalubres, a Lei introduziu o art. 394-A, passando a exigir a apresentação de atestado médico para o afastamento de gestantes de atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e em qualquer grau para o afastamento de lactantes, verbis:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Grifamos)

Insurgindo-se contra essas alterações, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos impetrou, no Supremo Tribunal Federal - STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5.938/DF, questionando a constitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” do art. 394-A, II e III, da CLT, introduzido pelo art. 1º da Lei nº 13.467, de 2017.

A ADI foi declarada procedente, com base no argumento, entre outros, de que a Constituição consagrou a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

De acordo com o Ministro Relator Alexandre de Moraes “não procede o argumento ad terrorem de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional

---

<sup>1</sup> Secretário Adjunto de Trabalho no Ministério da Economia, possui graduação em Ciências Contábeis e é mestrando em Administração Pública pelo IDP.

<sup>2</sup> Capitão do Exército Brasileiro e mestrando em Administração Pública pelo IDP.

<sup>3</sup> Deputado Federal pelo Estado de São Paulo e mestrando em Administração Pública pelo IDP.

determina, de maneira impositiva, a “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (CF, art. 7º, XX).”

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo perquirir se os incentivos gerados pela decisão favorecem, ou não, a proteção do mercado de trabalho da mulher e o bem-estar social.

Não estão no escopo desta análise: o mérito jurídico da decisão, a legística da norma impugnada nem tampouco a necessidade de proteção à saúde da mulher grávida e à lactante.

#### Análise dos incentivos gerados pela decisão

Bugarin e Meneguim (2008)<sup>4</sup>, ensinam que “o mercado de trabalho tem a função de fazer a ponte entre a procura por mão-de-obra e a oferta de trabalho.”

Ainda de acordo com os autores, o mercado de trabalho no Brasil sofre forte influência dos tribunais trabalhistas:

“Provavelmente, as instituições que mais influenciam o mercado de trabalho são os tribunais trabalhistas, de maneira que é importante detalhar seu funcionamento. Segundo o IPEA e o Banco Mundial, a cada ano são ajuizados, no Brasil, 2 milhões de ações judiciais pelos trabalhadores contra seus empregadores atuais ou passados. Depois de iniciada a ação judicial, o caso vai para conciliação. Se não houver acordo, a matéria é encaminhada ao juiz. A duração média para se ter uma decisão é de 31 meses, sendo que pode haver apelação da sentença por duas vezes.

Este mesmo relatório informa que o procedimento comum dos tribunais trabalhistas é ratear o valor da ação: os trabalhadores recebem aproximadamente 40% do valor disputado, o que faz com que os assalariados tenham incentivos a litigar na justiça com mais frequência e inflacionar suas demandas. Em contrapartida, os empregadores se sentem estimulados a não pagar todos os direitos acumulados dos trabalhadores na rescisão e a aguardar até que sejam obrigados a fazê-lo judicialmente.

O relatório do IPEA e do Banco Mundial (2002, p. 26) resume bem os efeitos da Justiça Trabalhista no seguinte parágrafo:

Dada a alta incidência de causas trabalhistas, não surpreende que a justiça do trabalho influencie significativamente os produtos do mercado de trabalho. Os tribunais impõem custos diretos e indiretos aos usuários. Os custos diretos dos litígios mais frequentes são as taxas pagáveis ao Estado e aos advogados, que são suportados pelas empresas. Estes custos não são desprezíveis. Todavia, os custos indiretos devidos à mudança de comportamento são muito maiores e recaem sobre os empregados e os empregadores. O litígio frequente implica que os custos de mão-de-obra em termos de pagamento futuro de multas e honorários advocatícios são incertos para o empregador no tempo do emprego, o preço real da mão-de-obra

---

<sup>4</sup> A informalidade no mercado de trabalho e o impacto das instituições: uma análise sob a ótica da teoria dos jogos

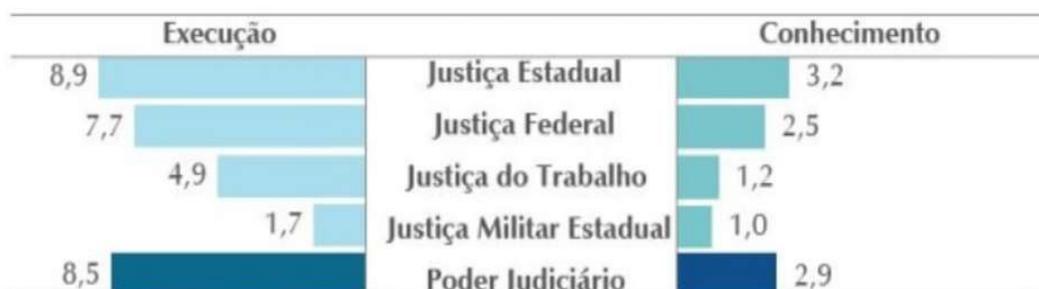
só será conhecido cinco anos depois da rescisão do contrato – após o que o sistema judiciário não aceita mais denúncias. Frente a essa incerteza, os empregadores se tornam cautelosos na contratação de novos trabalhadores, aumentando o cuidado na triagem e, dessa forma, aumentando igualmente seus custos de contratação. Embora não existam provas sistemáticas, é provável que isto tenha reduzido o emprego.

Na mesma linha do que apontam os autores, o juiz do trabalho Ben-Hur Silveira Claus, por ocasião do I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista, realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), no ano de 2015, afirmou que o maior desafio da Teoria Processual Contemporânea é o de redistribuir o ônus do tempo do processo, ou seja, de equiparar a responsabilidade pela demora do processo entre as partes.

Considerando a influência da justiça trabalhista no mercado de trabalho e o fato de que o rateio do custo do trâmite do processo recai sobre trabalhadores e empregadores de maneira não equitativa, convém examinar o prazo desse trâmite no 1º grau.

O Gráfico a seguir, apresenta os dados do anuário do CNJ<sup>5</sup>, publicado em outubro de 2016, analisando os casos não solucionados até o final do ano de 2015:

Gráfico 3.84 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes no 1º grau (exceto juizados especiais): execução x conhecimento



<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>

Consoante os dados do gráfico publicados no anuário, no 1º grau da Justiça do Trabalho, o tempo médio de tramitação do processo é de 6,1 anos, sendo 1,2 ano na fase de conhecimento<sup>6</sup> e 4,9 anos para execução da sentença.

Esse tempo de tramitação do processo na justiça trabalhista somado à falta de equidade no rateio do ônus pela demora do processo entre as partes promovem incentivos diferentes para o trabalhador e para o empregador.

<sup>5</sup> Conselho Nacional de Justiça - instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>. Acesso 13/09/2019

<sup>6</sup> Fase de conhecimento é etapa do processo na qual o juiz precisa ouvir as partes, testemunhas e formar sua convicção sobre o caso para chegar à sentença. (Anuário do CNJ – 2016)

No caso do julgamento da ADI, a decisão do STF impõe a transferência da empregada gestante ou lactante para local salubre e a manutenção do pagamento integral do salário, inclusive adicional de insalubridade. Nesta situação, o empregador deverá contratar outra pessoa para realizar a atividade em local insalubre, passando a pagar salários para duas pessoas, enquanto apenas uma delas realizará a atividade em local insalubre. Ademais deverá adequar o local salubre para receber a empregada gestante ou lactante, mesmo que a atividade não demande seus serviços.

Contudo, se optar por demitir a empregada gestante ou lactante, interrompendo o contrato de trabalho, poderá ter que pagar, em torno de 40% do valor devido a empregada a partir do prazo médio de 6 anos, na hipótese de a empregada demitida ingressar com ação judicial. Caso o valor do pagamento da causa trabalhista seja inferior ao valor correspondente ao pagamento do salário da empregada gestante ou lactante somado ao salário devido a outra pessoa contratada para realizar a atividade em ambiente insalubre, o empregador será incentivado a demitir a empregada.

Por outro lado, a empregada demitida será incentivada a ingressar com ação na justiça trabalhista para reparar o prejuízo causado pela demissão. No entanto, é possível que ela esteja disposta a abrir mão de parte do valor que lhe seria devido, a fim de obter uma resolução mais breve da lide. Esse custo de oportunidade para a empregada demitida, pode significar o aumento do custo social do erro, uma vez que injustiças podem prevalecer<sup>4</sup>.

Com efeito, a decisão do STF incentiva o crescimento da judicialização. Deste modo, assim como assevera o relatório do IPEA, já referenciado neste trabalho, a alta da incidência de causas trabalhistas aumenta os custos diretos e indiretos de seus usuários e torna a triagem para contratação mais cautelosa. O empregador, sempre que possível, evitará a contratação de mulheres em período reprodutivo para o exercício de atividades em ambientes insalubres.

Embora o Ministro Relator Alexandre de Moraes, ao julgar a ADI, tenha argumentado que “não procede o argumento ad terrorem de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho” há evidências que a decisão em lugar de proteger o mercado de trabalho, tende a incentivar a redução de postos de trabalho, em ambientes insalubres, para mulheres gestantes ou em períodos reprodutivos.

Hospitais em Porto Alegre, por exemplo, afastaram em torno de 150 mulheres após a decisão do STF. Segundo reportagem publicada na Internet pela Gaúcha ZH – Saúde, em 31 de julho de 2019, a decisão afetou treze setores, incluindo setores administrativos, tais como a recepção. As profissionais foram mandadas para casa, ensejando a transferência do ônus financeiro pela manutenção da empregada para a Previdência Social, mediante o pagamento do salário-maternidade<sup>5</sup>.

Decreto-Lei nº 5.5452, de 1º de maio de 1943 – CLT Art. 394-A (...) §3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa,

a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 - Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

Na mesma direção, reportagem do Correio Braziliense, publicada em 12 de maio de 2019, informa que metade das mulheres grávidas são demitidas na volta da licença-maternidade.

Incentivos da decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.938/DF à luz da teoria dos jogos

No intuito de estudar, à luz da Teoria dos Jogos, o comportamento estratégico racional bem como os incentivos gerados pela decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.938/DF para o empregador e para trabalhadora gestante ou lactante, formula-se um jogo, no qual existem dois jogadores: o empregador e a empregada gestante ou lactante.

Depois do julgamento da ADI, resta ao empregador duas opções: manter a empregada (M) ou demitir a empregada (D).

Se optar por manter (M) o empregador continuará pagando o salário da empregada, inclusive adicional de insalubridade, e terá que contratar outra pessoa para realizar atividades em local insalubre, de modo a manter o mesmo nível de produção ou prestação de serviços. Dessa forma, pagará a remuneração para duas pessoas, no entanto, apenas uma delas realizará a atividade insalubre. A essa decisão atribui-se o payoff (-1).

Caso opte pela demissão (D), o empregador contratará outra pessoa para exercer a atividade insalubre e pagará pelo salário de apenas uma pessoa. A essa decisão atribui-se o payoff (1). Tendo como premissa que o trabalhador recebe na justiça trabalhista cerca de 40% do valor que é pleiteado e o prazo médio de 6 anos para o trâmite do processo, esse payoff considera que o pagamento de eventual causa trabalhista terá o valor menor do que o pagamento de dois salários e adicional de insalubridade pelo tempo da gestação ou lactação.

Na hipótese de demissão, a empregada grávida poderá entrar na justiça (J) ou não entrar na justiça (N). Caso entre na justiça (J), a empregada receberá a indenização ou será reintegrada ao posto de trabalho. A essa decisão atribui-

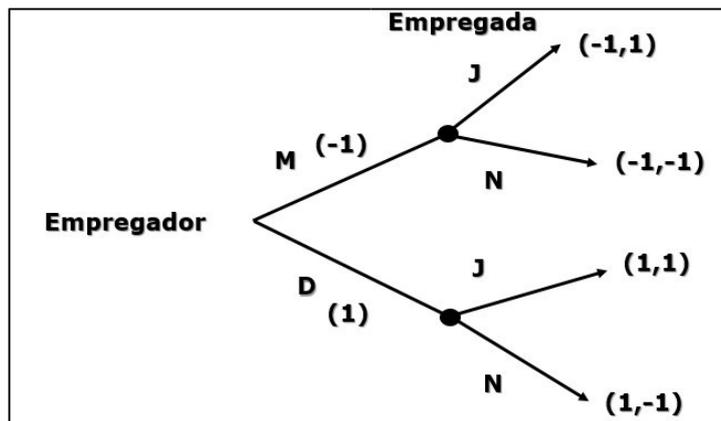
se o payoff (1). Se não entrar na justiça (N), a empregada ficará sem emprego e sem indenização. A essa decisão atribui-se o payoff (-1).

Considerando a racionalidade dos agentes e os payoff atribuídos, a empregada optará por entrar na justiça (J) e o empregador decidirá pela demissão (D):

		Empregada	
		J	N
Empregador	M	-1,1	-1,-1
	D	1,1	1,-1

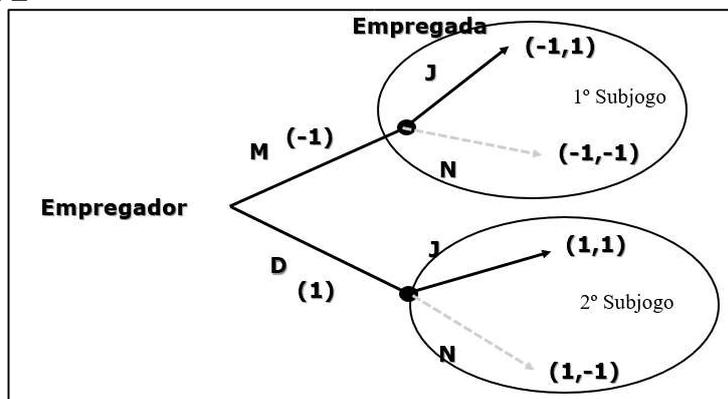
A figura 1 é a representação gráfica do jogo:

Figura 1



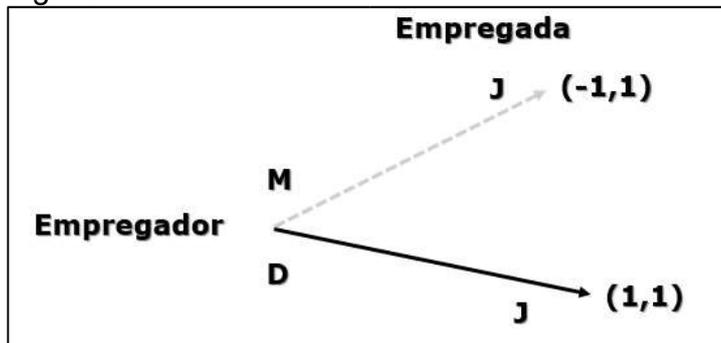
A Figura 2 apresenta os 1º e 2º subjogos, demonstrando que a empregada optará por entrar na justiça (J) tanto no primeiro, quanto no segundo subjogo.

Figura 2



A Figura 3 demonstra que o empregador optará pela demissão (D).

Figura 3



A análise das escolhas com base na Teoria dos Jogos revela que a decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.938/DF incentiva a demissão da empregada gestante ou lactante e o ingresso de reclamatória trabalhista pela empregada demitida.

Esses incentivos não favorecem a proteção do mercado de trabalho da mulher nem tampouco o bem-estar-social.

#### Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo averiguar se a decisão do STF no julgamento da ADI nº 5.938/DF promoveu incentivos favoráveis à proteção do mercado de trabalho da mulher e ao bem-estar social.

A decisão assegurou o afastamento de gestantes e de lactantes de atividades consideradas insalubres em qualquer grau, independentemente de apresentação de atestado médico, sem prejuízo da remuneração, inclusive adicional de insalubridade.

O empregador, caso queira manter o nível de produção ou de prestação de serviços, deverá contratar, ainda que temporariamente, outra pessoa para realizar as atividades consideradas insalubres. Também deverá transferir a empregada gestante ou lactante para atividade salubre, mesmo que não haja demanda por seu serviço.

Ao criar uma demanda artificial, a decisão gera distorções no correto funcionamento do mercado de trabalho, o qual é regido pela oferta e demanda por mão-de-obra. Dessa maneira, o mercado é incentivado a reencontrar o equilíbrio por meio de medidas compensatórias.

Esses incentivos, conforme se demonstra neste trabalho, vão na direção contrária ao da proteção do mercado de trabalho da mulher e ao bem-estar social, uma vez que:

- estimulam a demissão de gestantes e de lactantes;
- promovem o estabelecimento de cautelas que preterem a contratação de mulheres em período reprodutivo;
- impulsionam o aumento de reclamatórias trabalhistas;

- aumentam o custo social do erro, mediante a preterição de direitos e cometimento de injustiças.

Frente a esse diagnóstico, cumpre ao Estado encontrar incentivos específicos mais eficientes para a proteção do mercado de trabalho da mulher, os quais devem ser compatíveis com os demais dispositivos constitucionais que protegem a maternidade e a gestação.

## Referências

BATISTA, V. Metade das mulheres grávidas são demitidas na volta da licençamaternidade. *Correio Braziliense – Economia*. Disponível em [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/05/12/interna\\_secon\\_omia,754492/metade-das-mulheres-gravidas-sao-demitidas-na-volta-dalicensamaterni.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/05/12/interna_secon_omia,754492/metade-das-mulheres-gravidas-sao-demitidas-na-volta-dalicensamaterni.shtml). Acesso em 13 set. 2019.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em 13 set 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938/Distrito Federal. Relator Ministro Alexandre de Moraes, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rito-abreviado-stf.pdf>. Acesso em: 13 set 2019.

BUGARIN, M. S.; MENEGUIN, F. B. A informalidade no mercado de trabalho e o impacto das instituições: uma análise sob a ótica da teoria dos jogos. *Econ. Apl.* Set 2008, vol.12, nº 3, p.341-363. ISSN 1413-8050.

SOARES, I. Hospitais da Capital afastam pelo menos 149 mulheres após STF proibir trabalho em locais insalubres. *Gaúcha ZH – Saúde*. Disponível em [https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/07/hospitais-da-capital-afastampelo-menos-149-mulheres-apos-stf-proibir-trabalho-em-locais-insalubrescjyrqlnec00iz01msv\\_1t8str3.html](https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2019/07/hospitais-da-capital-afastampelo-menos-149-mulheres-apos-stf-proibir-trabalho-em-locais-insalubrescjyrqlnec00iz01msv_1t8str3.html). Acesso em 25/08/2019.

VIEIRA E.S. S.; MENEGUIN F. B.; SILVA R. S. Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. Brasília. 2017.