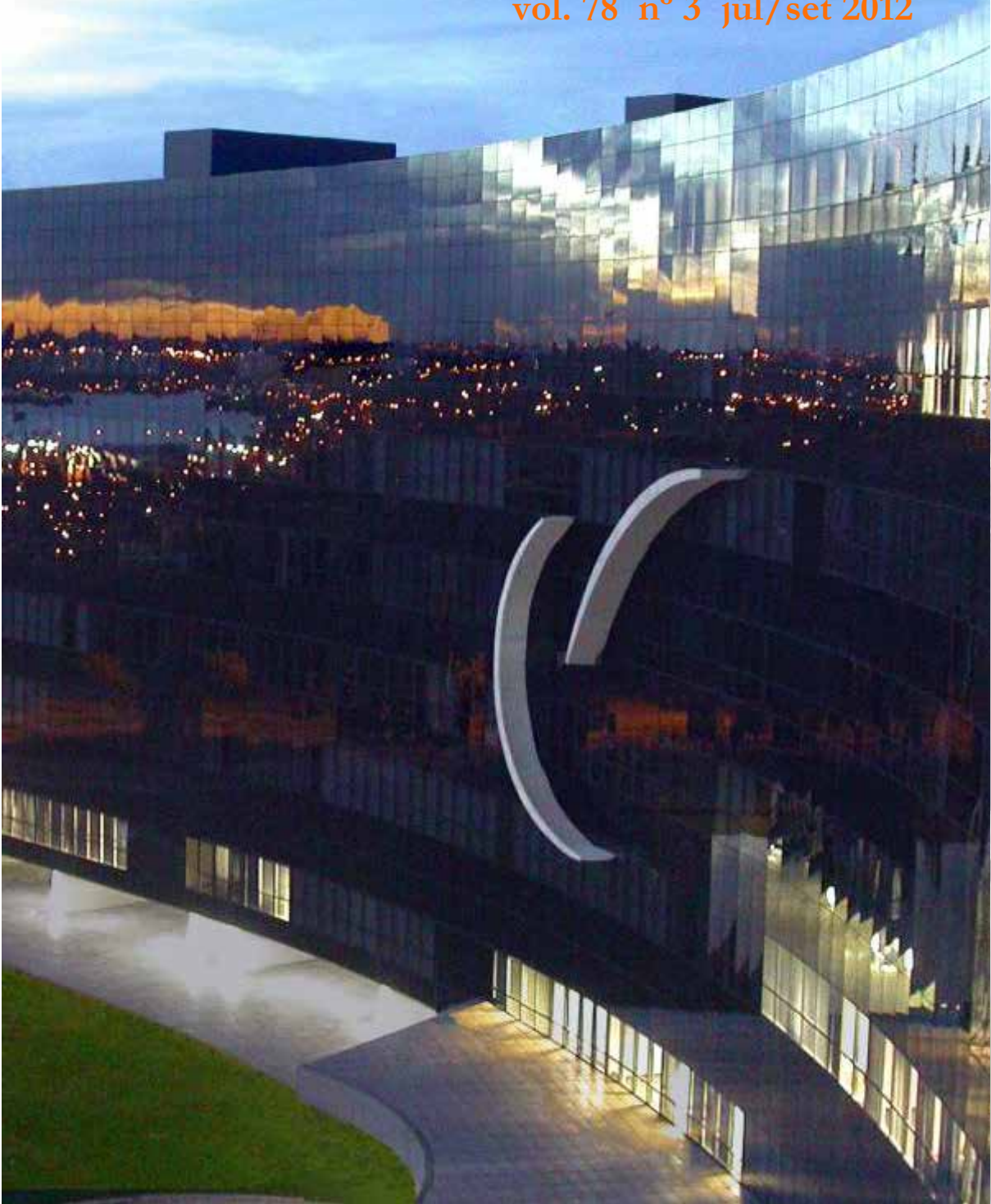


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 78 n° 3 jul/set 2012



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho *(presidente)*

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Ministra Maria de Assis Calsing *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 78 – nº 3 – jul. a set. – 2012

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Órgão Especial

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira

Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Afastado temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Desembargadora Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira (Convocada)

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Afastado temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente (art. 80, § 1º, RITST)

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Convocada)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



VIIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALISING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURICIO GODINHO
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES



HUGO CARLOS
SCHEUERMANN



ALEXANDRE AGRA
BELMONTE

Sumário

DOCTRINAS

1. Teletrabalho telessubordinado, dependente e por conta alheia:
reengenharia dos requisitos da relação empregatícia
Emília Simeão Albino Sako 17
2. O Direito do Trabalho na filosofia e na teoria social crítica. Os sentidos do
trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações
Everaldo Gaspar Lopes de Andrade 37
3. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet
Fátima Nancy Andrighi 64
4. Cooperativas de trabalho: a Lei 12.690/2012 e o Direito do Trabalho
Gustavo Filipe Barbosa Garcia 76
5. Dignidade da pessoa humana como fundamento para o combate ao
trabalho em condições análogas à de escravo: a contribuição da
1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no Processo
TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117
José Claudio Monteiro de Brito Filho 93
6. A cobrança de honorários advocatícios contratuais e a competência da
Justiça do Trabalho
Luís Felipe Salomão e Wellington S. Medeiros 108
7. A Convenção 87 da OIT sobre liberdade sindical de 1948: recomendações
para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras
internacionais do trabalho
Maristela Basso e Fabrício Polido 124
8. Sofrimento banalizado em “Carne e Osso”: o direito a qual proteção
fundamental?
Noemia Porto 220
9. Saúde mental dos trabalhadores e responsabilidade social:
uma questão de laço
Silvia Jardim 240
10. As repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito do Trabalho:
avanço ou retrocesso?
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury 254

NOTAS E COMENTÁRIOS

Mudanças na Jurisprudência do TST	271
Ministro Arnaldo Lopes Sússekind morre aos 95 anos	272
TST promove entrega da Ordem do Mérito Trabalhista	276

Doutrina

TELETRABALHO TELESSUBORDINADO, DEPENDENTE E POR CONTA ALHEIA: REENGENHARIA DOS REQUISITOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA

Emília Simeão Albino Sako*

1 – INTRODUÇÃO

A tecnologia chegou às empresas e o teletrabalho passou a ser adotado como vetor de produção. As novas tecnologias possibilitam que o trabalho possa ser prestado a partir de qualquer lugar, longe às posições pessoais de comando e direção empresariais. As redes de comunicação possibilitam a realização do trabalho do modo idealizado pelo tomador, fazendo com que a natureza jurídica do teletrabalho situe-se em difícil zona de determinação, pendendo ora para o trabalho subordinado, ora para o trabalho autônomo. No teletrabalho os requisitos da relação de emprego não são visíveis como nas relações de emprego consideradas normais; o controle, centrado agora na produção, e não mais na pessoa do trabalhador, é feito a distância, muitas vezes, pela própria máquina (computador, celular, etc.). A maior independência funcional, a descontinuidade, que não se confunde com eventualidade, e a flexibilidade da personalidade exigem novas interpretações dos requisitos da relação de emprego, especialmente da subordinação jurídica, imanente dos vínculos empregatícios, a fim de que os teletrabalhadores não se mantenham indefinidamente na economia informal. Os traços predominantes e característicos do teletrabalho só aparentemente dificultam a aferição dos requisitos da relação de emprego.

2 – REQUISITOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO TELETRABALHO

O vínculo empregatício se manifesta quando presentes na relação entre o prestador e o tomador de serviços os requisitos do art. 3º da CLT¹. No trabalho

* *Especialista em Ciência Política e Desenvolvimento Estratégico pela UNOPAR – Universidade Norte do Paraná; mestre em Direito Negocial pela UEL – Universidade Estadual de Londrina; doutora em Direito Social pela Universidad de Castilla La-Mancha (Espanha); juíza do trabalho da 9ª Região.*

1 Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único – Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

em domicílio e no teletrabalho são exigidos os mesmos requisitos do art. 3º, conforme prevê o art. 6º, também da CLT², no entanto se apresentam de forma diferente. Tradicionalmente, entende-se que a relação é de emprego quando o trabalho é pessoal (executado pelo próprio trabalhador contratado), não eventual (trabalho que perdura e se prolonga no tempo), subordinado (recebimento de ordens pessoais do dador de trabalho, submissão ao poder disciplinar empresarial, cumprimento de metas e horários de trabalho definidos, etc.) e mediante um pagamento (uma contraprestação, em regra pecuniária, pelos serviços prestados). No teletrabalho, embora o art. 6º da CLT contemple apenas uma particularidade, segundo a qual a subordinação jurídica deverá revelar-se por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão, outras especificidades se manifestam, no entanto foram ignoradas pelo legislador que, por razões políticas, optou em deixar para o judiciário trabalhista, em cada caso concreto, aferir a natureza jurídica da relação de teletrabalho, o que ensejará uma enormidade de conflitos trabalhistas.

O trabalho telemático é executado com certa autonomia e flexibilidade tanto pelos empregados quanto por autônomos, eventuais, prestadores de serviços, etc.³ A manifestação do poder empresarial, centrado no controle direto sobre a pessoa do trabalhador, predominante no século XVIII, cedeu lugar a outros elementos da dinâmica complexa das novas tecnologias. No modelo tradicional, o trabalhador acatava ordens e determinações provenientes diretamente do tomador de seus serviços, a quem a lei confere um poder diretivo e organizacional (CLT, art. 2º), conceituação que ao longo de muitos anos orientou o direito do trabalho. Na atualidade, a inter-relação digital/virtual entre o trabalhador e o tomador de seus serviços amplia os contornos da subordinação jurídica e demais requisitos da relação de emprego, sendo aferidos por meio de comandos empresariais indiretos, pela inserção do trabalhador na dinâmica empresarial, pelo controle informático, pela dependência econômica. As novas tecnologias possibilitam que o empresário possa acompanhar o trabalho a partir de qualquer lugar, enviar instruções sobre sua execução, fazer cobranças sobre a qualidade e quantidade de trabalho, como se o trabalhador estivesse no interior da empresa. Programas de *software* podem registrar todos os pormenores das

2 Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

3 DRAY, G. M. “Teletrabalho. Sociedade da informação e direito”. In: MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, vol. III. Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 267.

tarefas e dos trabalhadores na rede, como o momento exato em que o trabalhador ligou ou desligou o computador, que programa está utilizando, quanto tempo gastou em cada tarefa, o tempo dedicado exclusivamente ao trabalho, períodos de pausas, número de operações realizadas, número de toques no teclado, erros cometidos, etc.⁴ Por meio da supervisão e direção remotas, as rotinas de trabalho podem ser seguidas passo a passo e as instruções vão aparecendo na medida em que a tarefa vai sendo executada. O controle físico é substituído pelo tecnológico, mais eficaz que o tradicional porque permite a vigilância direta, embora, diferida. O empresário, supervisor ou chefe não mais circula pela unidade e sim pela rede, que forma parte da empresa. O trabalhador submete-se a uma liberdade vigiada, tão ou mais temida que a vigilância física, feita pelos olhos do patrão. A própria ferramenta de trabalho – o computador – se encarrega de cobrar procedimentos, comportamentos e produção⁵. Mesmo no trabalho intelectual o empresário pode enviar instruções e limitar as iniciativas pessoais e o poder criativo.

O que muda basicamente no teletrabalho, quando realizado a distância, é o contato pessoal entre contratado e contratante e o controle direto sobre a jornada. No entanto, a distância não afasta ou elimina a situação de sujeição ao poder de comando empresarial, pois o teletrabalhador continua sujeito às ordens e orientações sobre o trabalho e dependendo economicamente do tomador de seus serviços.

Os requisitos da relação de emprego não se apresentam da mesma forma que no tipo tradicional, moldado no modelo fordista, no qual são visíveis e facilmente identificados. No teletrabalho, a pessoalidade, continuidade e subordinação jurídica se apresentam de forma completamente diferente. Entre o velho trabalho, prestado nos espaços físicos da empresa, sob a direção e ordenação direta de um chefe, e o teletrabalho existem significativas diferenças. Contudo, a posição jurídico-laboral de quem trabalha operando uma máquina, com capacidade interativa e a distância, não é substancialmente diversa do

4 ERASO, A. B. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Consejo Económico y Social. Colección estudios, n. 130, Madrid, 2002, p. 166.

5 Segundo Maria Belén Cardona Rubert, “Es posible realizar un control penetrante sobre la actividad del empleado, dotando al ordenador de un programa que, previa identificación personal del trabajador, registre toda una serie de datos del *iter* de la operación misma, tales como el número de operaciones realizadas, el número de errores cometidos, las paradas efectuadas, el número de trabajos finalizados con éxito, el tiempo empleado en la operación, etc. Estamos ante un tipo de control perfectamente penetrado con el instrumento productivo que extiende las posibilidades de supervisión del empresario y que partiendo de la actividad laboral permite alcanzar a la misma persona del trabajador” (CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática y contrato de trabajo*. València: Tirant lo Blanch, 1999. p. 69).

trabalhador que labora na fábrica, na oficina ou no escritório da empresa⁶. Se a atividade é pouco ou muito qualificada, fungível ou infungível, com tarefas rotineiras, repetitivas ou não, de pobre ou rico conteúdo funcional, tais fatores não são decisivos para afastar a relação de emprego⁷. Também não é relevante a exclusividade da prestação, pois o teletrabalho não tem porque ser exclusivo; exclusividade não é requisito da relação de emprego, conforme prevê o art. 3º da CLT.

No teletrabalho a pessoalidade migra-se para a virtualidade dos meios de comunicação incrementando a informalidade, fazendo com que milhões de teletrabalhadores, em todo mundo, sejam mantidos na *grey area* da economia informal, na indeterminação, convivendo com a insegurança em relação ao futuro e aos direitos normatizados⁸. Atentos a essa realidade, os Tribunais espanhóis têm entendido que o teletrabalho está submetido às normas do direito do trabalho quando estão presentes na prestação indícios de laboralidade, como a aplicação de penalidades pelo atraso ou conclusão do trabalho, fixação de zonas geográficas específicas de trabalho, exclusividade na prestação e continuidade dos serviços, conexão *online* com a empresa, participação em cursos organizados pelo empresário, cumprimento de instruções periódicas, pagamento de uma contraprestação e de outros gastos derivados do trabalho⁹.

Na sociedade informacional, centrada em objetivos, deixa de ter relevância absoluta o modo como o trabalho é prestado; o que realmente importa é o resultado do trabalho, ou seja, o volume de trabalho que deverá ser apresentado

-
- 6 Para Rosario Gallardo Moya, “Entre los diversos tipos de teletrabajadores autónomos que pueden darse interesan particularmente dos. Uno es el de los falsos autónomos, en tanto que en estos trabajos se puede simular con mayor facilidad la existencia de una relación no laboral para encubrir un trabajador por cuenta ajena. El otro es el que queda en la frontera o zona de indeterminación, franja que se va a ver ampliada en gran parte por las formas de prestación. Sin duda uno de los puntos más delicados y controvertidos con el que nos vamos a topar, cuando se generalice esta forma de trabajo, será identificar el carácter laboral o extralaboral de tales actividades. Lo que a la postre puede, si no se pone solución, provocar que un buen número de teletrabajadores quede excluido del Derecho del Trabajo o de la tutela brindada por el ordenamiento” (GALLARDO MOYA, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*. Madrid: Ibidem Ediciones, 1998, p. 67-77).
- 7 Trabalhador autônomo é “aquele que executa sua própria atividade profissional sem subordinação jurídica ao credor da prestação, suportando os riscos econômicos e jurídicos e colhendo o respectivo rendimento”. REDINHA, Maria Regina Gomes. *O teletrabalho*. II Congresso nacional de direito do trabalho (Coord.: António Moreira). Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 95-96.
- 8 O termo *grey area* é empregado para definir os tipos de trabalho que não se enquadram em nenhuma das duas categorias – subordinado e autônomo; é usado para descrever certos tipos de trabalhadores que aparentemente são autônomos, mas que, de fato, são subordinados; são tratados como autônomos por não se enquadrarem diretamente na lei, exigindo um tratamento legal específico. Disponível em: <www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/parasubordination03.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2008.
- 9 Nesse sentido: SSTS 22 abril 1996 y 29 diciembre 1999. Disponível em: <<http://www.uts.es> <http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

dentro de certo espaço de tempo (hora, dia, semana, mês ou ano). A distância em relação ao lugar da prestação do trabalho e a flexibilidade do trabalho não são determinantes na verificação da natureza jurídica da relação, pois a subordinação, a pessoalidade e a continuidade se manifestam por meios distintos dos tradicionais, podendo ser aferidos pelo modo como o trabalho se realiza, pelo tempo imediato ou remoto. As condições de trabalho, portanto, continuam as mesmas; o que muda é apenas o elemento tecnológico, que dá um novo formato aos requisitos da relação de emprego.

2.1 – Subordinação informacional

No teletrabalho, o controle sobre a atividade do teletrabalhador manifesta-se de maneira diferente, não mais de forma direta e visível, e sim, de forma indireta, por meio de controles informáticos e audiovisuais, que mantêm o teletrabalhador submetido à direção e organização empresariais¹⁰. O poder informático centra-se na apresentação de resultados, na observância às orientações e ordens relacionadas ao trabalho, transmitidas a distância¹¹. A fiscalização, antes realizada pelo olho humano (do patrão ou chefe), no teletrabalho é feita

10 RAMOS LUJÁN, H. V. “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”. In: *Relaciones laborales*, n. 17, año XIX, septiembre de 2003, p. 43.

11 Exemplo dessa possibilidade pode-se encontrar na Resolução CSJT nº 109/2012, que implantou o teletrabalho na Justiça do Trabalho, em caráter experimental. O art. 14 dessa Resolução prevê que “As unidades participantes do teletrabalho deverão registrar a frequência do período em que os servidores estiverem desenvolvendo suas atividades em regime de teletrabalho nos termos desta Resolução”; o art. 15 dispõe que “No caso de descumprimento do prazo fixado para a realização das tarefas, o servidor deverá prestar esclarecimentos a sua chefia imediata sobre os motivos da não conclusão dos trabalhos, que os repassará ao gestor da unidade. § 1º O gestor da unidade, considerando improcedentes os esclarecimentos prestados, suspenderá a participação do servidor no teletrabalho durante um ano, contado da data estipulada para conclusão da tarefa. § 2º No caso de ser aceita a justificativa apresentada pelo servidor, ficará a critério do gestor da unidade a concessão de novo prazo para conclusão dos trabalhos. § 3º Havendo a concessão de novo prazo e não ocorrendo a entrega do trabalho em até cinco dias úteis após o último prazo fixado, sem a apresentação de justificativa ou não sendo esta aceita pelo gestor da unidade, o servidor estará sujeito às penalidades previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90, a ser apurada em sindicância ou processo administrativo disciplinar. § 4º Quando o atraso na conclusão do trabalho decorrer de licenças, afastamentos ou concessões previstas em lei por período de até 15 dias, o prazo ajustado poderá ser suspenso e continuará a correr automaticamente a partir do término do impedimento, a critério do superior hierárquico. § 5º Nos impedimentos previstos no parágrafo anterior superiores a 15 dias, o servidor será afastado da experiência de teletrabalho e as tarefas que lhe foram cometidas serão redistribuídas aos demais servidores em atividade, sem prejuízo do seu retorno a essa modalidade de trabalho quando cessada a causa do afastamento. § 6º Ocorrendo atraso na entrega de trabalhos, com ou sem justificativa, a chefia imediata providenciará registro, com ciência formal do servidor, no formulário de planejamento e acompanhamento de trabalhos de que trata o Anexo”. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=96cae0d3-0fd9-468f-98e8-e3aa8b24ba15&groupId=955023>. Acesso em: 10 ago. 2012. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=96cae0d3-0fd9-468f-98e8-e3aa8b24ba15&groupId=955023>. Acesso em: 10 ago. 2012.

pelo olho eletrônico (do computador ou outro equipamento informático) e é aferida pela quantidade de trabalho produzida dentro de um determinado espaço de tempo, ou seja, pelos resultados obtidos. Mesmo trabalhando a distância e com flexibilidade de horários, o teletrabalhador fica submetido a um intenso controle, inclusive em seu tempo livre (quando está na praia, durante as viagens, quando participa de eventos e festas, etc.), pois os equipamentos informáticos possibilitam a comunicação a partir de qualquer lugar¹². O encarregado virtual controla tudo, em toda parte, em todo momento¹³. O teletrabalhador ativo na rede está pronto para receber instruções, orientações e ordens; quanto mais se afasta do centro do trabalho, mais onipresente pode estar a empresa em sua vida¹⁴. Seguidores eletrônicos são capazes de rastrear seus movimentos na rede; alguns programas podem revisar o conteúdo geral do trabalho e verificar se as navegações estão relacionadas com o trabalho ou se podem constituir delito, fraude, engano ou espionagem; outros têm versão especial para controlar e bloquear o acesso a mais de 100.000 direções de internet, como astrologia, sexo, *hobbies*, bolsa de valores, ofertas de empregos, viagens, jogos, esportes, tendas virtuais ou *chats*, além de permitir um exaustivo registro de todas as conexões realizadas ou tentadas. A vigilância eletrônica é impessoal, implacável e temida, já que os dados obtidos são numerosos e precisos. O controle, antes visual, transmuda-se para o informático, muito mais agressivo e preciso, permitindo ao empregador/tomador traçar perfis sobre as preferências, ideologias e relacionamentos do trabalhador/teletrabalhador dentro e fora da empresa. A capacidade de agregar dados, estabelecer comparações e transformar informações dispersas em organizadas possibilita a verificação de todos os movimentos do trabalhador, banais ou não, secretos, pessoais, etc., invasivos e lesivos aos

-
- 12 SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI entendem que “se ha destacado que el poder directivo no se atenúa por la distancia, sino que se acentúa por los instrumentos de trabajo, sobre todo en los casos del denominado teletrabajo ‘on-line’, que exige la conexión permanente entre el trabajador y la empresa. La informática permite controlar al trabajador en cada una de sus acciones, identificando el momento exacto en el que se encuentra activo y qué hace concretamente (a qué hora enciende el ordenador, qué programa utiliza, cuánto tiempo dedica a cada cosa, etc.)” (SEMPERE NAVARRO, A. V.; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *Nuevas tecnologías y Relaciones Laborales...*, op. cit., p. 116).
- 13 Ressalta Maria do Rosário Palma Ramalho que “Estas novas formas de direção e controlo do trabalhador são particularmente eficazes no caso do teletrabalho. Porque executa suas actividades através dos meios informáticos ou telemáticos, que asseguram comunicação com a empresa apesar da distância, o teletrabalhador pode ser direcionado, controlado no desempenho onde quer que se encontre e em qualquer momento, deixando a sua ausência física do centro produtivo de constituir um obstáculo ao estatuto subordinado que é essencial à qualificação laboral de seu vínculo” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Insegurança ou diminuição do emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho e de trabalho atípico”. In: *Revista LTr*, vol. 634, n. 8, agosto de 2000, p. 195-211).
- 14 THIBAUT ARANDA, J. “El trabajo en la sociedad digital”. In: *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Pompeu Casanovas (Ed). Granada: Editorial Comares, 2003, p. 189-193.

direitos fundamentais, como confidencialidade e privacidade. Surge nas relações de trabalho um novo tipo de poder, o “poder informático”¹⁵.

Essa nova reengenharia dificulta a separação de causa e efeito sobre a prestação dos serviços, contrastando com a estrutura jurídica da subordinação ínsita à tradicional relação de emprego¹⁶. O teletrabalho pode ser comparado à informática jurídica, pois a interligação de sistemas pré-programados faz com que o relacionamento humano não mais se realize exclusivamente entre pessoas, e sim entre pessoas, máquinas e equipamentos, entre preponente e preposto¹⁷. Empresas sediadas nos Estados Unidos podem contratar teletrabalhadores no México, Brasil ou na Índia e controlarem a atividade laboral como se estivessem presentes, recebendo no local de sua sede o resultado da produção normalmente esperado. Portanto, nenhuma dificuldade há para identificar a subordinação jurídica nas relações de teletrabalho, que se apresenta como “subordinação informática”, não obstante a elasticidade do telesserviço. Haverá subordinação jurídica no trabalho realizado por meio das Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (NTIC)¹⁸ quando houver elementos reveladores da submissão

- 15 Afirma Maria do Rosário que “A subordinação, entendida tradicionalmente como sujeição do trabalhador a um conjunto de poderes do empregador, exercidos num certo espaço físico, substituiu-se, em muitos casos, uma espécie de ‘telessubordinação’ exercida por meios eletrônicos e, com frequência, mais intensa e invasiva da privacidade do trabalhador” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Insegurança ou diminuição do emprego?*..., p. 210-211).
- 16 El proceso mundial de producción resulta especialmente impresionante. Sánchez Torres menciona que “hoy, las nuevas tecnologías relacionadas con las telecomunicaciones y la informática inciden profundamente en la gestión, visión o estrategias del conjunto de áreas funcionales de la empresa, alcanzando de forma transversal aspectos que van desde el acceso al mercado de trabajo, la contratación, la promoción profesional, la gestión del rendimiento, los sistemas de remuneración o las políticas de formación, hasta cuestiones más específicas como los mecanismos de captación/retención del capital intelectual o la modificación de los tradicionales mecanismos de sanción y responsabilidad de empresario y trabajadores el cumplimiento de las obligaciones laborales” (SÁNCHEZ TORRES, E. “El ejercicio de la libertad de expresión de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías”. (Dir. Salvador Del Rey Guanter; Coord. Manuel Luque Parra). *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La Ley, 2005, p. 107).
- 17 Isso quer dizer, conforme esclarece Castelis, que “a engenharia *online* e os sistemas de gestão de acesso aberto dentro da empresa permitem aos trabalhadores organizar sistemas de cooperação *ad hoc* quando as suas tarefas assim o requerem (...). O *feedback* em tempo real de todos aqueles que estão envolvidos num processo de produção/gestão, a inovação pode pôr-se à prova na sua origem: o produto e o processo inovam-se constantemente através da interação entre produtores e consumidores, num processo partilhado de rendimentos crescentes, que beneficiam todos aqueles que participam na rede”. CASTELIS, M. *A galáxia internet* (Coord.: José Manuel Paquete de Oliveira e Gustavo Leitão Cardoso). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 130.
- 18 São consideradas NTICs, entre outras: 1) os computadores pessoais (PCs, *personal computers*); 2) as câmeras de vídeo e foto para computador ou *webcams*; 3) a gravação doméstica de CDs e DVDs; 4) os diversos suportes para guardar e portar dados como os disquetes (com os tamanhos mais variados), discos rígidos ou HDs, cartões de memória, *pendrives*, *zip drives* e assemelhados; 5) a telefonia móvel (telemóveis ou telefones celulares); 6) a TV por assinatura; 7) TV a cabo; 8) TV por antena parabólica; 9) o correio eletrónico (*e-mail*); 10) as listas de discussão (*mailing lists*); 11) a internet; 12) a *World*

do trabalhador ao dador dos serviços, como fixação de prazos para conclusão do trabalho, previsão de sanções por atrasos, exigência de apresentação de resultados satisfatórios, além de outros indícios relevantes. A flexibilidade do teletrabalho pode propiciar uma falsa deslaborização da relação, no entanto, a subordinação, embora disfarçada, se mantém em praticamente todos os casos. A atividade laboral, embora não seja subordinada, em sentido clássico, é coordenada. Portanto, a aparente flexibilidade do teletrabalho não é indicio de autonomia, pois o controle, centrado em outros vetores, pode até acentuar-se no trabalho a distância. O trabalho independe do contato pessoal entre contratado e contratante, do controle direto sobre a jornada ou sobre o trabalho em si. Assim, haverá subordinação quando o trabalhador estiver em situação de sujeição ao poder de comando empresarial, sujeito às ordens disciplinares, ao sigilo, à fidelidade, à apresentação de resultados. A separação geográfica entre o tomador e o prestador não afasta ou reduz a subordinação, pois mesmo a distância o gerenciamento do trabalho é perfeitamente possível¹⁹.

A subordinação jurídica tradicional moldada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada, não satisfaz às exigências do moderno sistema de gestão flexível, orientado pela tecnologia. Agora, liga-se virtualmente ao empreendimento, ao beneficiário do trabalho, mantendo a mesma situação desigual entre as partes do contrato, como há séculos.

A dinâmica cambiante do teletrabalho e a inter-relação entre as partes confere elasticidade ao principal elemento da relação de emprego, qual seja, a subordinação jurídica, que agora se apresenta de modo totalmente diferente, centrada em resultados, acobertada e disfarçada pela “maior autonomia” do teletrabalho. O teletrabalhador não será sempre um empregado ou um profis-

Wide Web (principal interface gráfica da internet); 13) os *websites* e *home pages*; 14) os quadros de discussão (*message boards*); 15) o *streaming* (fluxo contínuo de áudio e vídeo via internet); 16) o *podcasting* (transmissão sob demanda de áudio e vídeo via internet); 17) esta enciclopédia colaborativa, a Wikipedia, possível graças à internet, à WWW e à invenção do *wiki*; 18) as tecnologias digitais de captura e tratamento de imagens e sons; 19) a captura eletrônica ou digitalização de imagens (*scanners*); 20) a fotografia digital; 21) o vídeo digital; 22) o cinema digital (da captura à exibição); 23) o som digital; 24) a TV digital e o rádio digital; 25) as tecnologias de acesso remoto (sem fio ou *wireless*); 26) *wi-fi*; 27) *Bluetooth*; 28) RFID; 29) EPVC. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Novas_tecnologias_de_informacao_e_comunicacao>. Acesso em: 29 nov. 2011.

19) A Resolução CSJT N° 109/2012, em seu art. 10, diz que “A chefia imediata gerenciará a rotina de trabalho dos servidores autorizados a realizar o teletrabalho, bem como manterá registro com a indicação dos trabalhos a serem desenvolvidos, o quantitativo total de tarefas distribuídas e o período máximo para conclusão dos trabalhos”. O art. 8º prevê ainda que “Os servidores em regime de teletrabalho devem apresentar um incremento na produtividade, a ser determinado e aferido pelo titular da unidade, nunca inferior a 15%”. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=96cae0d3-0fd9-468f-98e8-e3aa8b24ba15&groupId=955023>. Acesso em: 10 ago. 2012.

sional autônomo. A forma de realização do teletrabalho é que irá revelar a real natureza jurídica da relação (princípio da primazia da realidade)²⁰.

2.2 – Onerosidade

A contraprestação pelo trabalho realizado, materializada em dinheiro ou utilidades, é requisito fundamental para a existência da relação de emprego. Pode estar vinculada ao trabalho em condições normais (salário), ou a produção e cumprimento de metas (comissões e prêmios), ou, ainda, disfarçada para ocultar o caráter oneroso da prestação (diárias, ajuda de custo, ressarcimentos de despesas ou fornecimento habitual de determinada utilidade com caráter retributivo, como moradia, planos de saúde, fornecimento de veículos para o trabalho ou não, mensalidades escolares, previdência privada, assistência médica, hospitalar e odontológica, etc.). O art. 457 da CLT define remuneração como sendo o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego, incluindo as gorjetas recebidas de terceiros; o art. 458, também da CLT, especifica as utilidades que compõem o salário²¹. O teletrabalhador não precisa, necessariamente, receber uma importância fixa mensal ou ser remunerado sob a forma de comissões, pois a contraprestação (onerosidade) pode apresentar-se de diferentes formas. Se,

20 Washington Luiz da Trindade afirma que, em relação ao teletrabalho, “O conceito clássico de contrato perde os seus traços predominantes e característicos, o que afasta a possibilidade de aplicação das regras do trabalho subordinado” (TRINDADE, Washington Luiz da. “A natureza jurídica do trabalho à distância”. In: *Revista Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 24, março de 2000, p. 10-15). Cassio de Mesquita Barros Jr. ressalta que as empresas brasileiras contratam teletrabalhadores na Índia, com regime jurídico diferente, e isso não permite a utilização dos conceitos clássicos, pois a elasticidade do telesserviço não permite a completude de uma única categorização da modalidade de contratação (BARROS Jr., C. M. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: RT, 2001, p. 38). Sergio Pinto Martins afirma que no teletrabalho a subordinação é mitigada e em alguns casos poderá verificar-se mais autonomia do que subordinação, na medida em que as ordens ficam diluídas (MARTINS, Sergio Pinto. “Trabalho a distância”. In: *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 24, março de 2000). Para Pinho Pedreira, o trabalho realizado à distância, no domicílio do trabalhador, ou em outro local, pelos meios telemáticos, sob controle e supervisão “informáticos”, presentes outros requisitos da relação empregatícia, estará sob a égide do direito do trabalho. (SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. O teletrabalho. In: *Revista LTr*, vol. 64, n. 5, 2000).

21 Art. 458 – Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (...) § 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada.

como contraprestação do trabalho, o tomador de serviços paga um valor fixo ou variável, ou fornece alguma vantagem ou utilidade, a onerosidade estará presente, cabendo ao intérprete verificar se a forma de remuneração se justifica e se explica objetivamente. Havendo o intuito de afastar um dos requisitos da relação de emprego, qual seja, onerosidade, a fraude estará configurada (CLT, art. 9º). Não é relevante, portanto, a ausência de um pagamento em dinheiro, de forma habitual, pois a contraprestação pelo trabalho pode revelar-se pela concessão de vantagens ou pagamento de utilidades.

2.3 – Continuidade ou não eventualidade

Nas relações de teletrabalho perde importância e significado o requisito “continuidade”, pois a quantidade de trabalho e a periodicidade do trabalho podem oscilar em função das necessidades empresariais. Trabalhador eventual é aquele que trabalha ocasionalmente. No entanto, a eventualidade da prestação é aferida no tempo, e não será eventual aquele que presta serviços por algumas horas do dia, ou, em alguns dias da semana ou do mês, por vários meses ou anos, ao mesmo tomador. Se o teletrabalhador prestar serviços em algumas horas do dia, ou, em um ou dois dias por semana, em vários meses, ou em alguns dias no mês, durante anos, não é eventual, pois não presta um serviço esporádico, especial, ou particular, como, por exemplo, a digitação de um pequeno texto, a criação/desenvolvimento de um único e simples programa de computador, etc. Não se intitula eventual o teletrabalhador contratado com a finalidade de atender necessidades permanentes do tomador, como desenvolver programas informáticos, de alta complexidade, ainda que descontínuo seja o trabalho. Se o trabalho exigir um tempo razoável para sua conclusão, como tradução de várias obras ou digitação de textos longos, que demandam muitos meses ou anos de trabalho, o contrato poderá ser celebrado por prazo determinado. O teletrabalho somente será eventual quando a prestação de serviços, além de eventual, for realizada de acordo com as conveniências do teletrabalhador, que organiza as suas atividades de modo a compatibilizá-las com os serviços prestados a outras pessoas, impondo suas próprias condições de trabalho, trabalhando apenas quando quiser, como quiser, a quem quiser e pelo tempo que quiser. Se a prestação for contínua, seguida e sucessiva, com os demais requisitos da relação de emprego, o teletrabalhador será um empregado de curta ou longa duração, e o contrato será regido pela CLT, por prazo determinado ou indeterminado. Eventual é o teletrabalhador contratado para realizar, especificamente, um serviço ocasional, esporádico, não diretamente relacionado à atividade-fim do contratante. Portanto, o conceito não é meramente temporal. Se o tomador pretender contratar um teletrabalhador para substituir outro em

período de férias ou licenças, deverá formalizar contrato por prazo determinado, podendo fazê-lo quantas vezes forem necessárias. Enfim, para configurar a não eventualidade, não se exige que o trabalho seja duradouro; importante é que seja mais ou menos duradouro, conforme princípios da razoabilidade e boa-fé.

2.4 – *Pessoalidade virtual*

A personalidade nem sempre será exigida no teletrabalho, na medida em que, em se tratando de trabalho a distância, não é relevante quem realiza o trabalho, e sim, que seja apresentado o resultado esperado. Não havendo no contrato cláusula de personalidade na execução do teletrabalho, presume-se que este poderá ser realizado por qualquer pessoa. Se o tomador dos serviços pretender que o trabalho seja prestado pessoalmente pelo teletrabalhador, deverá manifestar tal intenção, por escrito, pois até mesmo quando o trabalho é personalíssimo, singular e contém fatores subjetivos, como estilo, criatividade, imaginação, poderá ser executado por outra pessoa. As atividades intelectual, científica, artística ou cultural, que exigem a produção ou manifestação de aptidões literária, musical, corporal, pintura, escultura, desenho, interpretação, criação ou reprodução, podem também serem transferidas a outra pessoa, sendo suficiente que possua os atributos necessários à sua realização. Se a personalidade na execução do trabalho não for exigida, o trabalho poderá ser executado por qualquer pessoa, na medida em que o que espera o tomador é que o resultado seja atingido²².

O desenvolvimento de programas informáticos pode ser um trabalho intelectual, mas não precisa, necessariamente, ser realizado de forma pessoal, ou seja, pelo próprio teletrabalhador contratado, pois embora possa decorrer da inteligência criadora, o contratante prestador pode delegar a atividade à pessoa que possua conhecimentos técnicos e especializados, sem que isso implique qualquer prejuízo ao tomador dos serviços. O que o tomador normalmente espera é a criação e/ou recriação do programa, ou seja, a execução e realização da atividade contratada, independentemente de quem a tenha feito. Ainda que o trabalho seja dirigido à pesquisa, à invenção metódica, e deva ser coordenado a partir de evidências e experiências, a personalidade pode não ser exigida. E,

22 Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que “Estas novas formas de direcção e controlo do trabalhador são particularmente eficazes no caso do teletrabalho. Porque executa suas actividades através dos meios informáticos ou telemáticos, que asseguram comunicação com a empresa apesar da distância, o teletrabalhador pode ser direccionado, controlado no desempenho onde quer que se encontre e em qualquer momento, deixando a sua ausência física do centro produtivo de constituir um obstáculo ao estatuto subordinado que é essencial à qualificação laboral de seu vínculo” (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Insegurança ou diminuição do emprego...*, op. cit., p. 195-211).

se nem mesmo no trabalho intelectual ou técnico a pessoalidade é exigida, por maior razão não será no teletrabalho, que não envolve tais atributos, como é o trabalho meramente repetitivo e que não exige esforço criativo, pois o teletrabalho normalmente está centrado em resultados. Serviços de digitação, por exemplo, podem ser executados por qualquer pessoa, sendo suficiente que o trabalhador, qualquer que seja ele, saiba digitar. Somente quando o teletrabalhador é contratado por suas habilidades ou conhecimentos técnicos, intransferíveis, é que poderia, em tese, ser exigida a pessoalidade²³.

Na Itália, o ordenamento jurídico reconhece a aplicação parcial da normativa de tutela laboral em favor do trabalhador autônomo ou parassubordinado quando existente na relação a presença de três elementos: continuidade, coordenação e pessoalidade prevalente. Não exige pessoalidade, em sentido estrito; apenas, que seja “prevalente”²⁴. No teletrabalho a pessoalidade manifesta-se de forma virtual, pois as ordens e instruções sobre o trabalho são enviadas ao teletrabalhador pela rede, não sendo relevante, portanto, quem as recebe e executa o trabalho contratado.

Portanto, a pessoalidade não se apresenta como elemento de exceção ao vínculo de emprego no teletrabalho. Como todo trabalho humano lícito, material ou imaterial, pode ser objeto de contrato de trabalho, a pessoalidade deixa de ser requisito fundamental para formação do vínculo empregatício, sendo suficiente que o prestador de serviços seja pessoa física. Em sendo pessoa jurídica, o vínculo somente se formará em se verificando fraude ou qualquer

23 A sentença do Tribunal Superior de Justiça de Madrid n. 469/1999 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 30 de setembro, declara que: “Es pues claro que nos hallamos ante una relación laboral, propiciada por las nuevas tecnologías, que obviamente mejoran la calidad de vida de nuestra sociedad y permiten nuevas formas de relacionarse que desde luego deben de ser reguladas legalmente y en casos como el presente amparadas por la legislación vigente, que no puede quedar burlada, siendo claro que igual prestación ha recibido la empresa de los trabajadores a través de Internet que si los mismos hubieran estado físicamente en sus propias instalaciones, debiéndose asimilar a la presencia física la presencia virtual que aquí ha quedado demostrada, porque en fin el resultado para ambas partes de la relación laboral es idéntico, disfrutando las mismas de claras ventajas, como es para la empresa el ahorro en material, suministros, etc., y para el trabajador en transporte o guardería, pudiendo también tener otros inconvenientes, pero en todo caso la forma de la prestación del servicio no es sino una condición más del contrato de trabajo, asumida por ambas partes, ya que consta que así ha sido durante todo el tiempo que ha durado la relación laboral, y que por tanto constituye un pacto libremente aceptado por trabajadores y empresa y desde luego no implica la inexistencia del contrato de trabajo, sino una de las condiciones del mismo, no pudiéndose admitir que los avances de la ciencia, que en todo caso implican una mejora en la calidad de vida, lleguen a suponer un retroceso social favoreciendo la precariedad del empleo o trabajo sumergido, por lo que en todo caso la legislación laboral ha de ser aplicada.” Disponível em: <<http://www.juntadeandalucia.es>>. Acesso em: 15 fev. 2007.

24 GAETA, L. *Lavoro a distancia e subordinazione*. Edizioni Scientifiche Italiane, 1993. p. 135.

outro vício no negócio jurídico, visando afastar direitos trabalhistas, como é o caso da pejotização (CLT, arts. 9º e 442).

3 – OUTROS ELEMENTOS (INDÍCIOS) IDENTIFICADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO NO TELETRABALHO

3.1 – Dependência econômica

Outro elemento importante na verificação da natureza jurídica do contrato de teletrabalho é a dependência econômica do teletrabalhador em relação ao tomador de seus serviços. O teletrabalhador, em regra, depende da remuneração que o teletrabalho lhe proporciona para sobreviver e, havendo tal dependência, aliada a outros elementos, poder-se-á concluir pela existência do vínculo empregatício. A dependência econômica adquire relevância no contexto das novas tecnologias, pois necessária à sobrevivência do teletrabalhador e de sua família. Com a mudança do eixo tradicional dos elementos definidores da relação de emprego, a nota de dependência econômica passa a integrar o conjunto de requisitos inerentes a sua configuração. Como a fronteira que separa o teletrabalhador empregado e o autônomo é extremamente tênue, a situação de dependência econômica do teletrabalhador em relação ao tomador de seus serviços adquire um colorido especial. A propriedade dos instrumentos de trabalho é indício de dependência econômica do teletrabalhador quando pertencentes ao tomador de serviços.

O grau de dependência econômica do teletrabalhador em relação ao tomador de seus serviços é relevante na qualificação da natureza jurídica da relação, que no teletrabalho é aferida a partir de critérios amplos e distintos dos tradicionais. O teletrabalhador, em regra, mantém uma forte relação de dependência econômica com uma ou mais empresas para as quais presta serviços. A dependência econômica está centrada na situação de debilidade do trabalhador, em sentido econômico, já que ao trabalhar unicamente para uma ou algumas empresas, delas depende economicamente²⁵.

Paradigma importante vem do direito comparado. A Lei espanhola n. 20/2007 regula a relação do trabalhador autônomo economicamente dependente, conferindo a esse trabalhador vários direitos trabalhistas específicos, como férias

25 O art. 11 da LETA (Lei espanhola n. 20/2007) prevê que trabalhadores autônomos economicamente dependentes “son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, en 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-13409>. Acesso em: 11 ago. 2012.

anuais, limitação da jornada, descanso semanal, horas extras, indenizações pela demissão e negociação coletiva²⁶.

3.2 – Integração na atividade econômica do tomador

A integração do teletrabalhador na atividade empresarial, como elemento necessário e importante para que os fins econômicos sejam atingidos, é um forte indício de laboralidade da relação²⁷. São exemplos os digitadores, tradutores e jornalistas que trabalham para uma ou algumas organizações, de forma continuada e mais ou menos habitual, executando tarefas diretamente relacionadas à atividade-fim do tomador. Quando o teletrabalhador executa atividades intrinsecamente ligadas às atividades-fim da empresa, como é o caso de empresa jornalística que contrata teletrabalhador para fornecer matérias, dele exigindo a busca de notícias, a redação das informações, comentários sobre o fato investigado, etc., ou seja, a realização de atividades que se ajustam ao núcleo de sua dinâmica empresarial e são essenciais e fundamentais aos fins colimados pela empresa, esse trabalhador forma parte integrante do empreendimento, como elemento indispensável aos fins almejados, passa a ostentar a condição de empregado. Mesmo sendo artificialmente inserido no sistema produtivo da empresa e, ainda que a relação ostente traços de autonomia e cooperatividade, se com sua atividade estiver intrinsecamente ligado aos fins da empresa tomadora, ainda que de forma menos visíveis e por laços menos densos, a relação adquire, em quase todos os casos, índole laboral²⁸.

26 GONZÁLES DÍAZ, F. A.; et al. *El Estatuto del trabajo autónomo*. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio (José Luján Alcaraz – Director). Madrid: Ediciones Laborum, 2007.

27 Afirma Luque Parra que “judicialmente se exige que el trabajador esté ‘integrado en el ámbito de organización y dirección de la empresa’, esto es, que sean cuales sean las condiciones de tiempo, lugar, manera o contenido de la prestación no queden a la elección de quién ejecuta la obra o el servicio”; no se requiera la presencia física del trabajador en un centro de trabajo o la sujeción a un horario predefinido. “No será difícil concluir que nos encontramos ante un trabajador autónomo cuando en su prestación de servicios no esté sometido a orden ni instrucción alguna por aquel a quien posteriormente ofrece el resultado de su trabajo, es decir, cuando exista una libertad absoluta en su actuar profesional” (LUQUE PARRA, M. La (re) definición del concepto de “trabajador” en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual. In: *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, 2005).

28 Na Espanha, Sagardoy Bengoechea, ao interpretar o art. 20 do Estatuto dos Trabalhadores, segundo o qual o trabalho deve realizar-se “bajo la dirección del empresario”, explica que, “En realidad, el art. 1.1 ET ha recogido una doctrina jurisprudencial elaborada en las últimas décadas, y que venía atenuando la concepción de la subordinación entendida como ‘sumisión completa a las órdenes del empresario’ y sustituyéndola por la de ‘sometimiento a la organización y disciplina de la empresa’ (STS de 7 junio de 1977), o inclusión del trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria del patrono” (STS de 16 diciembre de 1969), entendida como inclusión en el ámbito de dirección y organización del empresario, la subordinación o dependencia significa que éste puede dar directrices e instrucciones sobre la realización del trabajo concertada, así como sobre el tiempo, lugar y contenido del trabajo (STS de 20 de octubre de 1982) (SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Madrid: Thomson Civitas, 2005. p. 28).

Muitos teletrabalhadores, dotados ou não de formação técnica especializada, são contratados como autônomos para executar atividades normalmente desenvolvidas pela empresa tomadora. São atraídos por meio de vantagens indiretas, bônus, prêmios e acabam sendo inseridos nos fins da empresa, ganhando mais espaço que o trabalho subordinado clássico. Porém, se a atividade exercida pelo teletrabalhador tiver relação direta com aquela normalmente desenvolvida pela empresa tomadora, esse traço, característico da relação de emprego, faz presumir sua existência. Se a atividade empresarial é de consultoria em informática e, ao invés de contratar empregados, a empresa opta pela contratação de teletrabalhadores autônomos para executarem tarefas ligadas à informática, estará fraudando a legislação trabalhista, pois o teletrabalho contratado insere-se no núcleo de sua atividade produtiva (atividade-fim) e o teletrabalhador integra, com o seu trabalho, o seu ciclo produtivo. São exemplos também os teleprofessores contratados por instituições de ensino para dar assistência aos alunos a distância, os teleoperadores que prestam serviços desde seu domicílio às empresas de telefonia ou *telemarketing* no comércio eletrônico, os teletrabalhadores contratados para realizar vendas, responder aos questionamentos dos clientes, dar informações, solucionar dúvidas, etc. Da relação assim estabelecida emanam fortes indícios de laboralidade.

3.3 – Propriedade das ferramentas e dos instrumentos de teletrabalho

Fator importante, porém não determinante na verificação da natureza jurídica da relação de teletrabalho é a propriedade dos instrumentos de trabalho. No teletrabalho, mostra-se irrelevante a propriedade dos instrumentos de trabalho para o fim de se aferir a natureza jurídica da relação. As ferramentas de trabalho, como o computador pessoal, internet, câmeras de vídeo e foto para computador ou *webcams*, suportes para guardar e portar dados, telefonia móvel, tecnologias digitais de captação e tratamento de imagens e sons, *scanners*, tecnologias de acesso remoto, ou seja, os suportes tecnológicos que permitem organizar a rede a fim de possibilitar a realização do trabalho e favorecem a comunicação entre os postos de trabalho e o escritório central, quando pertencem ao empresário, expressam uma situação de dependência econômica do teletrabalhador em relação ao tomador de seus serviços. Se os equipamentos físicos de trabalho são de propriedade da empresa, como o computador, esse fato pode evidenciar o caráter dependente da prestação²⁹. Quanto ao *know-how*, ou

29 Maria Regina Gomes Redinha diz que a avaliação dos índices de autonomia e subordinação no teletrabalho convoca alguma adaptação, revestindo-se de significação a propriedade dos instrumentos de trabalho (*hardware* e *software*); se pertencer ao estabelecimento corresponderá a um posto de trabalho e irá revelar a existência de um vínculo empregatício (REDINHA, Maria Regina Gomes. *O teletrabalho...*, p. 95-96).

seja, o conhecimento necessário para o desenvolvimento do teletrabalho, como a criação de programas informáticos, se pertencente ao tomador de serviços, a subordinação jurídica é latente, pois a execução da tarefa terá de realizar-se conforme orientações do tomador, detentor do conhecimento necessário à realização do trabalho contratado. Quando pertence ao teletrabalhador, isso não faz presumir autonomia, ao contrário, também é indício de subordinação, pois mesmo possuindo *know-how*, ou seja, o conhecimento técnico e o capital intelectual, o trabalho terá se desenvolvido conforme modelo solicitado pelo tomador, devendo o teletrabalhador apresentar o resultado esperado.

3.4 – Responsabilidade pelos riscos e custos do teletrabalho

Elementos importantes, porém não igualmente determinantes, são a quem cabe a responsabilidade pelos riscos e custos do teletrabalho, como despesas com o local de trabalho, internet, linha telefônica, energia elétrica, assistência técnica, cursos profissionalizantes, etc., e os riscos de imperfeição e/ou inutilização do teletrabalho executado³⁰. São importantes, porém não determinantes, pois os custos e os riscos podem estar, e normalmente estão, inseridos no valor estipulado no contrato de teletrabalho. Quem suporta os custos, as perdas e os prejuízos, na maioria das vezes, é o próprio operador telemático, o que não retira da relação a dependência e nem a subordinação, por se tratar de trabalho deslocalizado³¹. As unidades produtivas, cada vez mais, desenvolvem e adotam modelos de organização funcional de gestão de pessoal flexível e responsabilizante dos próprios trabalhadores, que são afastados da cadeia hierárquica rigidamente estratificada³².

4 – CONCLUSÃO

A internet propicia a externalização da atividade produtiva e a organização empresarial em rede e redefine os meios de produção, exigindo do ordenamento jurídico laboral adaptação tecnológica inerente ao mundo virtual. Para produzir, as empresas que adotam as novas tecnologias dependem apenas das redes de comunicação e de um computador com acesso à internet. O trabalho

30 A Resolução CSJT nº 109/2012, em seu art. 12, prevê que “O servidor responsabilizar-se-á por providenciar as estruturas física e tecnológica necessárias à realização do teletrabalho”. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=96cae0d3-0fd9-468f-98e8-e3aa8b24ba15&groupId=955023>. Acesso em: 10 ago. 2012.

31 REDINHA, Maria Regina Gomes. *O teletrabalho...*, p. 95-96.

32 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 200.

é realizado a distância e enviado para os locais determinados, favorecendo a atividade econômica. O trabalhador permanece ligado à rede, responde às mensagens, atende as urgências, trabalha quando chamado. No entanto, a distância entre o prestador de serviços e o tomador de seus serviços não faz presumir disponibilidade, pois o tomador tem plenas condições de acompanhar a quantidade de trabalho que está sendo realizada, a qualidade do trabalho, pode emitir ordens e instruções por meio dos instrumentos informáticos (NTIC), como se estivesse presente.

Na economia informacional os requisitos tradicionais da relação de emprego, que por décadas orientou o intérprete na aplicação da lei trabalhista, perdem relevância e significado. O local da prestação, a fixação de horários de trabalho, a pessoalidade e continuidade apresentam-se, no trabalho tecnológico, de maneira diferente. A subordinação latente nas relações de emprego consideradas normais agora está centrada na informática. A alteração na morfologia típica do trabalho subordinado pela afetação da tecnologia conduz à necessária reconstrução interpretativa do ordenamento jurídico laboral e do sistema de indícios, pois os elementos configuradores do vínculo empregatício incidem sobre outros fatores, até então desconhecidos ou de pouco significado, tais como a alheneidade, a propriedade dos meios de produção e a dependência econômica do teletrabalhador em relação ao tomador de seus serviços. No teletrabalho, o teletrabalhador conta com uma certa autonomia para organizar, dirigir e controlar de forma mais ou menos independente o seu trabalho e pode, inclusive, assumir as responsabilidades e os riscos próprios do negócio. No entanto, em quase todos os casos, a atividade exercida é coordenada e o teletrabalhador terá de apresentar o resultado esperado pelo tomador dos serviços.

A invisibilidade do teletrabalho realizado a distância, longe dos centros de produção e de tomada de decisões, e a maior independência funcional podem acarretar problemas de qualificação da natureza jurídica da relação, e conforme as condições em que o teletrabalho é desenvolvido poderá revelar uma relação de emprego, prestação de serviços sem vínculo empregatício, trabalho autônomo, ou formas combinadas. O trabalho pelos meios tecnológicos, com flexibilidade de horário, prestado de forma ocasional, em atividade não essencial à empresa, em princípio, é um teletrabalho autônomo. Porém, entre os diversos tipos de autônomos que prestam serviços por conta alheia estão os “falsos autônomos”. Assim, para identificação da real qualificação jurídica do teletrabalho será necessário atentar para as condições de fato em que a atividade é exercida (princípio da primazia da realidade), podendo o teletrabalhador, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, ostentar três qualificações: 1) teletrabalhador empregado (CLT, art. 3º c/c art. 6º); 2) teletrabalhador autônomo (regido pelo Código

Civil ou legislação esparsa); e 3) teletrabalhador em domicílio, propriamente dito (CLT, art. 6º). Na pesquisa sobre a natureza jurídica do teletrabalho alguns aspectos podem deixar evidente a existência da relação laboral, com destaque: a) colaboração de caráter não ocasional, ou seja, trabalho executado por mais de uma vez, sendo irrelevante a descontinuidade, na medida em que continuidade é aferida no tempo; b) trabalho coordenado e relacionado à atividade normalmente desenvolvida pelo tomador dos serviços; c) cumprimento de metas e/ou apresentação de resultados; d) controle informático direto ou indireto; e) uso de meios informáticos e do patrimônio intelectual do tomador dos serviços; f) treinamentos/qualificação proporcionados pelo tomador dos serviços; g) exigência de manutenção das vias de comunicação abertas; h) dependência econômica do teletrabalhador para com o credor de seu trabalho. As posições de comando, controle e supervisão, diretos ou indiretos, visíveis ou invisíveis, a partir de ordens e orientações técnicas, contínua ou remotamente enviadas, são indicadores da natureza jurídica da relação. Importante ater-se, também, à alheiedade dos frutos, que engloba riscos, mercado e meios. O risco está ligado a onerosidade, a retribuição pelos serviços, percepções econômicas em dinheiro ou espécie; do mercado verifica-se quando entre quem realiza a obra ou presta o serviço e o consumidor final se interpõe uma terceira pessoa – o tomador –, que dispõe da forma e condições em que a obra ou produto deve ser realizado ou comercializado; dos meios, que se verifica pela propriedade os instrumentos necessários a execução do trabalho.

As particularidades do teletrabalho não chegam, de fato, a atingir os elementos clássicos da relação de emprego, exigindo, apenas, interpretação à luz das novas tecnologias aplicadas à produção. No entanto, podem afetar as regras da ação coletiva, pelas dificuldades em se adaptar um tipo aberto, como é o teletrabalho, aos circuitos cerrados do direito sindical brasileiro, ou seja, aos tipos tradicionais manejados pelo ordenamento laboral sindical.

O modelo de direito social laboral, protecionista, alcançado por meio de lutas e conquistas da classe trabalhadora, é abrangente e garantista e tem por objetivo afastar qualquer ameaça de lesão aos direitos trabalhistas. Contudo, tem de ser compreendido, interpretado e aplicado de acordo com a evolução social e os novos tempos. A retração do modelo garantista resulta, muitas vezes, de interpretações literais, fechadas, pouco flexíveis, que vão moldando um constitucionalismo liberal, antes do social. No trabalho executado por meio das NTICs, as normas jurídicas terão de ser interpretadas/reinterpretadas e preenchidas de sentido a fim de que os direitos fundamentais, sociais fundamentais e laborais dos trabalhadores não se mantenham na abstração, ameaçados e em constante risco de lesão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS Jr., C. M. Teletrabalho. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: RT, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.
- _____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 out. 2012.
- CARDONA RUBERT, Maria Belén. *Informática y contrato de trabajo*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- CASANOVAS, P. Cambio tecnológico, pluralismo jurídico, estado de derechos. In: *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*. Granada: Pompeu Casanovas, 2003.
- CASTELIS, M. *A galáxia internet*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- DRAY, G. M. Teletrabalho, Sociedade da informação e direito. In: MARTINEZ, Pedro Romano (Coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. vol. III. Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- ERASO, A. B. *Teletrabajo: estrategias de flexibilidad*. Consejo Económico y Social. Colección estudios, n. 130, Madrid, 2002.
- GALA C. D.; PASTOR, A. M. *La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva*. Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías (Salvador Del Rey Guanter – Director; Manuel Luque Parra – Coord.). Madrid: La Ley, 2005.
- GALLARDO MOYA, Rosario. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: de la máquina de hilar al ordenador*. Madrid: Ibidem Ediciones, 1998.
- GONZÁLES DÍAZ, F. A.; et al. *El Estatuto del trabajo autónomo*. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio (José Luján Alcaraz – Director). Madrid: Ediciones Laborum, 2007.
- LUQUE PARRA, M. La (re) definición del concepto de “trabajador” en el ámbito de las nuevas tecnologías a la luz del derecho de propiedad industrial y de propiedad intelectual. In: *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, 2005.
- MARTINS, S. P. Trabalho à distância. In: *Revista Trabalho & Doutrina*, n. 24, março de 2000.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. Insegurança ou diminuição do emprego? A rigidez do sistema jurídico português em matéria de cessação do contrato de trabalho e de trabalho atípico. In: *Revista LTr*, vol. 634, n. 8, agosto de 2000.
- RAMOS LUJÁN, H. V. La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías. In: *Relaciones laborales*, n. 17, año XIX, septiembre de 2003.
- REDINHA, Maria Regina Gomes. *O teletrabalho*. II Congresso nacional de direito do trabalho (Coord.: António Moreira). Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- SILVA, Luiz de Pinto Pedreira da. O teletrabalho. In: *Revista LTr*, vol. 64, n. 5, 2000.

DOCTRINA

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

SELLAS I BENVINGUT, R. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2001.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O teletrabalho. In: *Revista LTR*, vol. 64, n. 5, 2000.

THIBAUT ARANDA, J. El trabajo en la sociedad digital. In: *Internet y Pluralismo Jurídico: formas Emergentes de Regulación*. Pompeu Casanovas ed. Granada: Editorial Comares, 2003.

TRINDADE, W. L. da. A natureza jurídica do trabalho à distância. In: *Revista Trabalho & Doutrina*, São Paulo, n. 24, março de 2000.

Sítios de internet:

<http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/altridoc/parasubordination03.pdf>

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148522,21048-A+nova+redacao+do+artigo+6+da+CLT+%E2%80%93+teletrabalho++home+office+ou>

http://pt.wikipedia.org/wiki/Novas_tecnologias_de_informa%C3%A7%C3%A3o_e_comunica%C3%A7%C3%A3o

http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=96cae0d3-0fd9-468f-98e8-e3aa8b24ba15&groupId=955023

http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-13409

O DIREITO DO TRABALHO NA FILOSOFIA E NA TEORIA SOCIAL CRÍTICA. OS SENTIDOS DO TRABALHO SUBORDINADO NA CULTURA E NO PODER DAS ORGANIZAÇÕES

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade*

1 – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Este trabalho tem como objetivo descrever algumas ideias que integrarão o meu próximo livro, *O Direito do Trabalho na Filosofia e na Teoria Social Crítica – Os Sentidos do Trabalho Subordinado na Cultura e no Poder das Organizações*.

Livro que seguirá os estudos e pesquisas que venho desenvolvendo nestes últimos quinze anos¹. Logo, comporá uma trilogia que se propõe, a partir de novas pautas hermenêuticas, a avançar nas pesquisas e formulações teórico-filosóficas envolvidas com um tema emblemático, profundo, instigante e que acompanha a própria história da humanidade: o trabalho e suas dimensões. Procurará, especialmente, problematizar e desconstruir a versão consolidada nesse campo do conhecimento jurídico, que elegeu, como *a priori* de suas teorizações, uma das formas ou alternativas de trabalho ou de labor: o trabalho livre/subordinado.

Sem pretender aprofundar a distinção formulada por Hannah Arendt (1993) – entre *labor* e *trabalho* – ou concordar com ela sobre as observações que faz, na citação abaixo, acerca da compreensão marxiana sobre o labor – houve, em todas as etapas históricas, um claro desprezo pelo *labor*, em comparação

* Professor da Faculdade de Direito do Recife, nos programas de graduação, mestrado e doutorado; professor da Faculdade de Direito Maurício de Nassau; doutor em Direito pela Universidade de Deusto-Espanha; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho; procurador regional do Ministério Público do Trabalho – aposentado.

1 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e pós-modernidade*. Fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005; *Princípios de Direito do Trabalho*. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

com as atividades políticas, artísticas filosóficas, etc.² Essa visão começa a se alterar na fase pré-capitalista e segue até os dias atuais³.

Sem querer também abarcar todas as correntes filosóficas e os diversos campos dos chamados saberes sociais ou culturais que se ocuparam desse tema, o fato é que o trabalho abstrato foi uniformizado, universalizado e recepcionado pela teoria jurídico-trabalhista e seu corpo de doutrinas. Essa uniformização/universalização legitimou o aparecimento de uma legislação específica destinada a disciplinar um tipo de relação jurídica especial – a do trabalho livre/subordinado – e a resolver os seus conflitos.

O Direito do Trabalho é, pois, um ramo do conhecimento jurídico que possui princípios e fundamentos próprios, um corpo de doutrinas, um arcabouço legislativo e uma autonomia didática que partem de um único objeto: o trabalho livre/subordinado/assalariado. Portanto, centrado no labor – na expressão de Arendt – com pretensões de expressar a própria humanidade do homem.

Como toda ciência se apropria do seu objeto e não rima com dogmas, permanece válida ou se desqualifica por meio do binômio confirmação/refutabilidade, torna-se importante indagar: demarcado o momento histórico e as razões pelas quais o trabalho livre/subordinado passou a ser considerado o *ethos* fundamental da convivência das pessoas em sociedade e *a priori* das teorizações para diversos ramos das chamadas ciências sociais; diante das evidências empíricas e analíticas que compõem o presente estudo, é possível considerar como válido este tipo de trabalho como objeto desse campo do direito? Por que, diante de tantas alternativas de trabalho e de tantas opções teóricas e filosóficas que desqualificam aquela opção, foi exatamente essa que se uniformizou, se universalizou e possibilitou a construção de um sistema normativo-coercitivo específico que até hoje perdura?

Lamentavelmente, a doutrina jurídico-trabalhista, especialmente aquela que se consolidou ao longo do tempo, sobretudo nos manuais, deixa de lado essas indagações e vem reproduzindo, há quase cem anos, os mesmos argumentos.

-
- 2 Para uma melhor compreensão sobre os sentidos da condição humana e a diferença entre labor e trabalho, em Arendt, consultar uma obra preciosa: ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade*. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
 - 3 Segundo Arendt (1988), a súbita e espetacular promoção do labor, da mais humilde e desprezível posição a mais alta categoria, como a mais estimada de todas as atividades humanas, começou quando Locke descobriu que o “labour” é a fonte de toda propriedade; prosseguiu quando Adam Smith afirmou que esse mesmo “labour” era a fonte de toda a riqueza; atingiu o seu clímax no “system of labor” de Marx, no qual o labor passou a ser a origem de toda produtividade e a expressão da própria humanidade do homem (*idem.*, p. 113).

Diz, em resumo, que, antigamente, havia trabalho escravo/servil; agora, trabalho livre/subordinado. A partir da glorificação, da evangelização dessa modalidade de trabalho, diz que esse ramo do conhecimento jurídico promoveu uma verdadeira revolução no campo do Direito Privado, especificamente, na esfera da autonomia da vontade. Na medida em que, ao contrário do Direito Privado – centrado na liberdade e na igualdade dos sujeitos da relação jurídica –, reconhece haver uma assimetria entre os sujeitos, no âmbito daquela relação jurídica especial – capital e trabalho, empregador e empregado –, o Direito do Trabalho passou a erigir fundamentos capazes de conceder superioridade jurídica àquele que aparece, nessa relação – o empregado –, na condição de inferioridade econômica em relação à outra parte – o empregador. Daí foi possível elaborar um dos seus princípios nucleares: o *Princípio da Proteção*.

Para Américo Plá Rodriguez os princípios aparecem “como algo mais geral do que uma norma, porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la”⁴.

Tratando especificamente do Princípio da Proteção, salienta que “o motivo da proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade que lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco”⁵.

Admite ainda o grau de dependência do empregado, “porque em regra quase absoluta somente coloca a sua força de trabalho à disposição de outrem quem precisa do emprego para sobreviver com o salário que ele propicia, seu único e principal meio de subsistência” (*idem*, p. 22).

Apesar dessas premissas, fica outra indagação: o Direito do Trabalho e seus fundamentos desencadearam realmente uma revolução, no campo do Direito Privado ou foi ele próprio indispensável para legitimar os modelos de Estado e de Sociedade que surgiram após a queda do Absolutismo Monárquico – em que os poderes se encontravam nas mãos do clero e da nobreza – e permitir a ascensão da burguesia nascente ao poder e dar origem ao Estado Liberal – centrado no individualismo contratualista, na supremacia do trabalho vendido, comprado, separado da vida e no racionalismo instrumental a serviço da produção capitalista?

4 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 20.

5 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. Salvador: Gráfica Contraste, 1996. p. 19.

Essa mesma doutrina majoritária não consegue superar uma contradição que se encontra no centro de seus próprios argumentos: como eliminar a assimetria, a desigualdade entre aqueles dois sujeitos – empregador e empregado –, quando, de um lado, encontra-se aquele que admite, assalaria, dirige e disciplina a prestação pessoal de serviços – o empregador – e, do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado ao empregador – o empregado? Como eliminá-la se, em virtude dessa desigualdade, aparece uma coação jurídica, econômica e psicológica subjacente e que existe em potência? É no centro desse mesmo argumento que se pode identificar também uma aporia: trabalho livre e, ao mesmo tempo, subordinado⁶.

Para desvendar essa opção e, sobretudo, a omissão desse mesmo corpo de doutrinas em não revelar os verdadeiros fundamentos que o legitimam, o próximo livro lançará mão da história da filosofia, para demarcar adequadamente o momento em que entra em cena o primitivo liberalismo que se forjou, sobretudo, na Inglaterra e na Holanda e os impactos do individualismo, que penetrou e se espalhou por meio dessa mesma filosofia, a partir do século XVIII. Os acontecimentos que ocorrem na Inglaterra, desde o século XVII, impregnaram as discussões políticas, econômicas e sociais e tinham, como centro de referência, a afirmação da personalidade, tal como exposto nas ideias de Locke, e vão também influenciar os enciclopedistas franceses. Aliás, esse pensamento – deslocado do absolutismo, separado da fé e centrado na razão – podia ser identificado nas ideias de Kant, Leibniz, René Descartes, Isaac Newton, Francisco Bacon, no pensamento renascentista e em meio à reforma protestante e a contrarreforma.

Essas as razões pelas quais cuidará, primeiro, do Espírito das Luzes e as Razões do Iluminismo, no sentido de apresentar os seus defensores – Todorov e Rouanet. Esse ponto de partida está respaldado na ideia segundo a qual, para os seus defensores, o Estado Liberal Burguês e sua alternativa de sociabilidade – o trabalho livre/subordinado – não se legitimaram através do Espírito das Luzes e nas Razões do Iluminismo. Por isso, não seriam eles os responsáveis pelo aparecimento de uma sociedade capitalista forjada na razão instrumental ou corresponderia a uma síntese do pensamento liberal. Teriam, ao contrário, sido desvirtuados pelo chamado iluminismo institucionalizado.

6 Dentre as poucas obras que tratam especificamente sobre o assunto, registro o excelente livro: ME-LHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003. Ver também: D'ANGELO, Isabele de Moraes. *A subordinação da força de trabalho ao capital*. Para ampliar os cânones de proteção e os princípios do Direito do Trabalho. Texto avulso. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, 2010.

Em seguida, apresentará o contraponto, ou seja, argumentos de vários matizes e ideologias que se contrapõem ao pensamento iluminista. Inicia-se a partir da visão sustentada por um pensador pós-modernista – Zygmunt Bauman. Questiona ele a regulamentação normativo-coercitiva e os absolutos universais da ética moderna – formulados pela filosofia e legitimada pelos juristas – porque foram eles os responsáveis pela tentativa de uniformizar, controlar e disciplinar a moralidade. Em seguida, aparece a versão marxista, segundo a qual a filosofia se apresenta como ciência das condições *a priori*, com o objetivo de superar as contradições da sociedade dividida em classes, por meio do binômio ideologia/hegemonia e fazer com que as classes dominadas absorvam e recepcionem os valores das classes dominantes. Já o Direito como instrumento posto a serviço da dominação, a legitimação do poder no discurso da soberania e nas práticas e instituições sociais são apresentadas, a partir da microfísica do poder, em Michael Foucault. Ideias que se completam com a exposição dos argumentos centrados na fascinação e na sedução do poder e apresentados por Eugène Enriquez (2007). Há, em meio a toda essa discussão, uma crítica à Dialética do Esclarecimento – Adorna e Horkheimer (1985) – e as versões emancipatórias da modernidade capitalista – Robert Kurz (2010). Concluirá esse tema apresentando os fundamentos do Poder Simbólico desenvolvido por Pierre Bourdieu (2010).

Uma vez identificadas as principais correntes que se ocuparam de estabelecer uma crítica – favorável e desfavorável – do pensamento moderno e pós-moderno, o estudo passa a tratar da doutrina liberal de raiz utilitarista, a fim de apontar os seus dilemas e as suas contradições. Sobretudo, aquela que se concentra na defesa do “trabalho livre”. Depois, estabelece uma ligação entre as diversas correntes do pensamento filosófico e as diversas correntes da chamada ciência social crítica, para identificar os sentidos do trabalho na cultura e no poder das organizações e os sentidos do trabalho para além da cultura e do poder nas organizações.

Procura demonstrar que a universalidade e a fundamentação do Direito do Trabalho – centradas no trabalho livre/subordinado – estão respaldadas no pensamento ético moderno e nas práticas legislativas dele resultantes ou, como querem os defensores do iluminismo, no iluminismo institucionalizado, que se apresenta como uma deformação do próprio iluminismo.

Com o objetivo de deslocar o seu objeto – trabalho livre/subordinado –, o estudo apresenta duas propostas. A primeira encontra-se mais vinculada ao campo socialista – *a Economia Social ou Solidária* –; a segunda, à neossocial democracia – taxaçoão do capital financeiro e criação de uma *Renda Universal Garantida*. A primeira como contraponto às teorias liberais; a segunda como

um beco sem saída, porque a filosofia liberal não aceita “patrocinar” a vida fora dos padrões do trabalho vendido, comprado, separado da vida.

Quando procurei, nos dois últimos livros, formular uma teoria nova para esse campo do conhecimento jurídico, procurei também inverter a sua perspectiva, para considerar como prioritárias as relações sindicais sobre as relações individuais. Esta a razão pela qual aparecer, como primeiro princípio do Direito do Trabalho, o Princípio da Prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações Individuais. Como as proposições aqui relatadas não serão possíveis sem a restauração dos movimentos coletivos e seus vínculos com os demais movimentos emancipatórios e contra-hegemônicos cuido também de tratar desses fenômenos, no contexto das teorias dos movimentos sociais.

O fato é que não há mais como perder tempo defendendo e reproduzindo as ideias que sedimentaram o surgimento do Direito do Trabalho há cerca de cem anos. Não há como fazer a sua defesa, sobretudo, sem apontar a sua origem, as suas raízes liberais. Aqueles que ainda acreditam nos seus fundamentos devem expor as razões de ordem política, jurídica, econômica e filosófica que o justificam, como o fez, de maneira consistente a apaixonada, José Guilherme Merquior (1991), acerca do liberalismo.

Outros três aspectos relevantes devem ser ressaltados. Em primeiro lugar, as evidências empíricas apontam para uma radical diminuição da classe tradicional que vive do trabalho assalariado e um aumento dos clandestinizados de todo o gênero. Por outro lado, o “capitalismo flexível” dirige-se aos “mercados flexíveis”, às organizações e administrações flexíveis, aos mercados e às relações de trabalho flexíveis. Aqui aparece outro complicador. Segundo Gorz (2007: 10), “em lugar da exploração entram a autoexploração e a autocomercialização do EU S/A” ou os chamados empreendedores que, além de explorados, assumem os riscos dos seus próprios negócios e de si mesmos – impostos, seguro social, etc.

Se o Direito do Trabalho veio para proteger a maioria da população economicamente ativa – como aconteceu no esplendor do Estado do Bem-Estar Social – mas, hoje, consegue proteger metade desse universo, refutado está o seu objeto – o trabalho livre/subordinado –, porque deveria proteger todas as pessoas que pretendem viver de um trabalho ou de uma renda dignos, sobretudo, aqueles que exercitam o trabalho livre.

Refutado, por fim, na medida em que o trabalho deve encontrar-se, filosoficamente, conforme o seu conceito ontológico, no sentido a apreender o ser da própria existência humana como tal. Para isso, deve ser libertado da alienação e da coisificação e promover a realização plena e livre do homem como um

todo em seu mundo histórico, uma vez que a moral do trabalho subordinado “é uma moral de escravos, e o mundo moderno não precisa de escravidão.” (RUSSELL, 2002, p. 27).

Dáí, segundo Boaventura de Souza Santos (2006), esta virada gnosiológica começa a partir da redescoberta democrática do trabalho, como exigência *sine qua non* da construção da economia enquanto alternativa de sociabilidade democrática. Por isso, segundo ele, no contexto da pós-modernidade, não é o trabalho que deve sustentar a cidadania. Hoje, o que se torna inadiável é que a cidadania redescubra as potencialidades democráticas do trabalho.

Muito embora esse novo livro procure envolver trabalho humano com a filosofia e a teoria social crítica, aqui, apresento ao leitor desta prestigiada revista um dos seus aspectos que considere relevante para este momento: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. Deixo de lado, por último e por limitação de espaço, outro aspecto relevante: o estudo das relações sindicais, no contexto das teorias dos movimentos sociais, que restaura, como fundamento do Direito do Trabalho, as lutas sociais emancipatórias e contra-hegemônicas.

2 – OS SENTIDOS DO TRABALHO

“Os sentidos do trabalho” são expressões mais utilizadas, especialmente, por sociólogos do trabalho, assistentes sociais e economistas que têm uma visão crítica sobre os mesmos. Já as expressões “cultura e poder nas organizações” são frequentemente utilizadas pela teoria organizacional que segue a mesma linha crítica. Ambas, no entanto, recepcionadas por cientistas sociais que procuram desvendar os sentidos do trabalho, no contexto da cultura e do poder nas organizações, na tentativa de esclarecer os meios e os modos de produção capitalista e os meios e os modos de exploração da força de trabalho a eles vinculados.

As primeiras aparecem, há muitos anos, a partir de pesquisas e de estudos acadêmicos que questionam aquela categoria de trabalho. Vasta é a produção de teses e de livros editados aqui e também na Europa, nos Estados Unidos e em vários outros países, no sentido de questionar e de apontar novas alternativas para o trabalho humano. O mesmo acontece, em relação aos seguidores das segundas expressões.

Sem manter uma ordem cronológica e sem querer esgotar a vasta fonte bibliográfica que o tema envolve, passo a apontar alguns desses posicionamentos, sem observar as preferências teóricas dos seus expositores – à exceção dos que abraçam a teoria liberal.

DOCTRINA

De saída, devo confessar que as expressões “os sentidos do trabalho” foram extraídas de uma obra escrita por Ricardo Antunes (2006), intitulada *Os Sentidos do Trabalho: ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho*, que resultou de uma pesquisa realizada na Universidade de Sussex (Inglaterra), a convite de István Mészáros – professor Emérito daquela universidade –, e apresentada por ele no Concurso de Professor Titular em Sociologia do Trabalho na IFCH/Unicamp.

Muito embora deixe transparecer a existência de discussões acadêmicas acerca da perda de referência sobre a centralidade do trabalho ou das variáveis teóricas que assumem outras dimensões sobre o tema, como é o seu caso, admite que o sistema de metabolismo social do capital é originário e resultado da divisão social que desencadeou a subordinação estrutural do trabalho ao capital. Como não apareceu por meio de nenhuma determinação ontológica inalterável, tal sistema de metabolismo social “é, segundo Mészáros, o resultado de um processo historicamente constituído, no qual prevalece a divisão hierárquica que subsume o trabalho ao capital” (2006:19).

Um dos aspectos que têm interesse relevante para o que busco no presente texto, diz respeito ao tema: trabalho e liberdade. Ricardo Antunes (2006) estabelece, a partir de Lukács, uma articulação entre o trabalho enquanto humanização do homem – sua constituição ontológica – e a liberdade, enquanto possibilidade concreta de uma decisão entre diferentes possibilidades concretas ou como questão de escolha, enquanto alto nível de abstração e de desejo de alterar a realidade. Se o complexo que dá fundamento ao ser social encontra seu momento originário, sua protoforma, a partir da esfera do trabalho, o ato teleológico, que se instaura por meio da colocação de finalidades, torna-se assim: “uma manifestação intrínseca de liberdade, no interior do processo do trabalho. É um momento efetivo de interação entre subjetividade e objetividade, causalidade e teleologia, necessidade e liberdade” (*idem*, p. 145).

A liberdade seria então conquistada no trabalho, desde o trabalho primitivo ou rudimentar até a liberdade mais espiritualizada ou elevada, e pelos mesmos métodos existentes no trabalho originário, na medida em que se dá por meio do domínio da ação individual própria do gênero humano sobre sua esfera natural. As outras esferas encontradas na práxis social seriam vistas, no seu sentido interativo e se apresentam como complexificado prolongamento, não puramente derivativo, da atividade laborativa.

O trabalho se configura assim como protoforma da práxis social – categoria fundante e originária. Por isso, os nexos entre causalidade e teleologia se desenvolvem de uma maneira absolutamente nova⁷.

O ser social que emerge e que se constitui ativo num momento essencial da vida cotidiana e para além do epifenômeno biológico – ir ao encontro de sua consciência, por meio de uma vida cheia de sentido e dotada de autenticidade e socialmente empreendida pelos seres sociais – em busca de sua autorrealização individual e coletiva tem o trabalho como seu *locus primeiro*.

Prossegue Ricardo Antunes afirmando que considerar uma vida cheia de sentido, na esfera do trabalho, é absolutamente diferente de “dizer que uma vida cheia de sentido se resume exclusivamente ao trabalho, o que seria um completo absurdo” (*idem*, p. 143). A busca de uma vida cheia de sentido, que tem um significado muito especial, relacionar-se-á com “a arte, a poesia, a pintura, a literatura, a música, o momento de criação, o tempo de liberdade” (*idem*, p. 143).

E isso implica reconhecer a prevalência do trabalho autodeterminado, autônomo e livre. Um trabalho, portanto, dotado de sentido, que tenha como referência decisiva a arte, a poesia, a pintura, a literatura, a música, o “uso autônomo e livre e da liberdade que o ser social poderá se humanizar e se emancipar em seu sentido mais profundo” (*idem*, p. 143).

O trabalho visto dessa maneira é o oposto do que foi dito anteriormente, acerca da militarização da disciplina no trabalho.

Admite Richard Sennett (2006) que se deve a Max Weber a militarização da sociedade civil, a partir do final do século XIX. Daí o impacto das suas ideias na organização, como exércitos, das corporações modernas e na qual todos tinham, em seu lugar e em cada lugar, uma função definida. Lembra, por exemplo, que foi inicialmente na Alemanha de Otto Von Bismarck que esse modelo militar começou a ser experimentado nas empresas e instituições da sociedade civil, em nome da paz e para preservar a própria revolução. Daí os fundamentos da política, naquilo que ele passou a chamar de capitalismo social, ou seja, “por mais pobre que seja o trabalhador que sabe que ocupa uma posi-

7 Para ele, “o trabalho, como categoria de mediação, permite o salto ontológico entre os seres anteriores e o ser que se torna social. É, como a linguagem e a sociabilidade, uma categoria que se opera no interior do ser: ao mesmo tempo em que transforma a relação metabólica entre o homem e a natureza e, num patamar superior, entre os próprios seres sociais, autotransforma o próprio homem e a sua natureza humana. E como no interior do trabalho estão pela primeira vez presentes todas as determinações constitutivas da essência do ser social, ele se mostra como sua categoria originária” (*idem*, p. 146).

ção social bem estabelecida estará menos propenso a se revoltar do que aquele que não tem uma noção clara de sua posição na sociedade” (*idem*, p. 27-28).

O filósofo e sociólogo francês André Gorz (2007) perpassa a filosofia grega, para chegar ao que chamou de trabalho enquanto invenção característica da modernidade e, por isso, se refere a Marx, Weber e Durkheim. Quanto a este último, reconhece Gorz que o seu conceito de “solidariedade orgânica” não existe como uma relação vivida pelos próprios operários, mas, apenas, para os seus observadores externos que creem perceberem uma colaboração autorregulada, “ali onde, na realidade, há uma organização de tipo militar, por pré-recortes de tarefas complementares” (*idem*, p. 49).

Quando procuro enfatizar que o capitalismo nascente colocou o trabalho escravo/servil diante do trabalho livre/subordinado, é para esclarecer que ele o fez para esconder o trabalho propriamente livre e para também incorporar este último à sua dinâmica, ou seja, transformar o trabalho livre em trabalho subordinado. Para consumir esse objetivo ele precisava criar ideologicamente a “cultura do trabalho livre/subordinado”. Mas, se o trabalho propriamente livre seria um obstáculo à dinâmica das forças produtivas, o que fazer com ele, como desqualificá-lo? Caracterizá-lo, enquadrá-lo no conceito de preguiça, de vagabundagem e, por consequência, descrevê-lo legislativamente, nas leis penais, como crime⁸.

Os registros lançados no presente estudo confirmam, por outro lado, o que venho afirmando noutras oportunidades, ou seja, que as versões críticas sobre a concepção burocrático-militarizante e sobre o trabalho livre/subordinado não são um patrimônio das doutrinas marxistas, socialistas ou anarquistas. Toda sociologia clássica a eles se referem – de Marx a Weber e deste a Durkheim⁹.

8 Eis o que afirmou Gorz: “Um modelo de organização fundado sobre a subdivisão funcional das tarefas não pode, portanto, fazer apelo aos trabalhadores, nem a sua consciência profissional, nem tampouco ao espírito de cooperação. Deve inicialmente recorrer à coerção – através da lei contra a ‘vagabundagem’ e a mendicidade, obrigação de aceitar o trabalho proposto sob pena de deportação, trabalhos forçados ou morte por inação – e fazer intervir o que chamamos ‘reguladores prescritivos’: normas de rendimento e horários imperativos, procedimentos técnicos e respeitar imperativamente. Só pode afrouxar a coerção quando puder motivar os trabalhadores, através de ‘reguladores incitativos’, a prestarem-se de bom grado a um trabalho cuja natureza, ritmo e duração são programados de antemão pela organização da fábrica ou do escritório, um trabalho que é impossível *gostar*” (*idem*, p. 49).

9 São conhecidos, por exemplo, os conceitos weberianos de “sistema burocrático racional ordenado” em que o “expediente”, de um lado, e a “disciplina burocrática”, do outro, exigem a “submissão dos funcionários” a uma “obediência rigorosa” dentro do seu labor habitual (WEBER, 1992, p. 742). Os dois últimos não negam, como Marx, o trabalho livre/subordinado, como categoria fundante da sociabilidade moderna e *a priori* de suas teorizações, mas não deixam de reconhecer a sua estrutura, tal como destacada no presente estudo.

Durkheim (1991) assinala: “o contrato não é plenamente consentido senão se os serviços trocados tiverem um valor social equivalente... Mas a força coercitiva, que nos impede de satisfazer desmedi-

Há, por outro lado, autores que estudaram as confluências e as diferenças teóricas desses três grandes pensadores, especialmente, no tocante à divisão social do trabalho¹⁰.

Seguindo a mesma linha, Mészáros (2006) afirma que Marx, de maneira apaixonada, se opõe à postura da economia política, por não considerar o trabalhador “como *homem*, no seu tempo livre de trabalho, mas deixa, antes, essa consideração para a justiça criminal, os médicos, a religião, as tabelas estatísticas, a política e o curador da miséria social” (*idem*, p. 135).

Muito embora haja profundas divergências entre os sociólogos, economistas, historiadores, assistentes sociais, dentre outros que se incluem no que passei a chamar de teoria social crítica – não necessariamente aquela fundada pela Escola de Frankfurt –, o que, de profundo, se destaca em suas análises e propostas é exatamente a repulsa à subordinação da força do trabalho ao capital, ao trabalho recepcionado pela doutrina trabalhista como trabalho livre.

Opõe-se André Gorz radicalmente à supremacia dessa forma de sociedade do trabalho. Por isso, ela não deveria prevalecer: “O que não se pode é evitar, em nome do realismo, todo o debate a respeito da sociedade futura (que não será mais uma sociedade do trabalho), a menos que se aceite a miséria, a frustração, a desrazão e a violência que essa sociedade engendra” (*idem*, p. 210).

3 – A CULTURA E O PODER NAS ORGANIZAÇÕES

As teorias organizacionais que, quase sempre, são disponibilizadas e propagadas, sobretudo, nos programas de pós-graduação *lato sensu* – espe-

damente os nossos desejos, mesmo desregrados, não pode ser confundida com aquela que nos retira os meios para obter a justa remuneração de nosso trabalho... Se, pelo contrário, os valores trocados não forem equivalentes, não podem equilibrar-se se qualquer força exterior tiver sido lançada na balança. Houve lesão de um lado e de outro, desse modo as vontades não puderam pôr-se de acordo sem que uma delas tivesse sofrido uma pressão directa ou indirecta, essa pressão constitui uma violência. Numa palavra, para que a força coercitiva do contrato esteja completa, não basta que tenha sido objecto de um consentimento expresso; deve ainda ser justa, e não é justa apenas por ter sido verbalmente consentida... Sem dúvida, seu mérito desigual fará com que os homens ocupem situações desiguais na sociedade... Toda superioridade tem o seu reverso sobre a maneira como os contratos se estabelecem; se, portanto, ela não está ligada à pessoa dos indivíduos, aos seus serviços sociais, ela falseia as condições morais da troca. Se uma classe da sociedade é obrigada, para viver, a fazer aceitar os seus serviços por qualquer preço, enquanto a outra pode deixar de o fazer, graças aos recursos de que dispõe e que todavia não são necessariamente devidos a qualquer superioridade social, a segunda dita injustamente a lei à primeira. Por outras palavras, não pode haver ricos e nobres por nascimento sem que haja contratos injustos” (*idem*, p. 178-180).

10 A propósito, vale a pena consultar ainda Keith Grint, professor na Said Business School – University of Oxford. In: GRINT, Keith. *Sociologia do Trabalho*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Especialmente o Capítulo 3 – p. 115-143, que trata especificamente do tema: *Abordagens clássicas do trabalho*: Marx, Weber e Durkheim.

cialização –, e que se espalham nos jornais, revistas e programas de televisão seguem, em termos de relações de trabalho, pelo menos quatro diretrizes:

a) A capacitação para o trabalho vai desde a organização do currículo à entrevista, às maneiras como os trabalhadores devem se comportar para “galgar” melhores postos de trabalho, ao desenvolvimento de competências para serem mais eficientes, produtivos, competitivos, polivalentes, multifuncionais, à sua integração plena à organização corporativa;

b) Em tempos de desemprego estrutural, exige-se que os mesmos sejam todos “empreendedores”. Aí a bibliografia de massas é ainda mais abundante. Existem, inclusive, várias revistas especializadas propalando o empreendedorismo e a empregabilidade. Mas, os trabalhadores não precisam ser apenas empreendedores pessoais. Podem ser também “intraempreendedores” (colocar os seus talentos pessoais a serviço da corporação), “empreendedores sociais” (colocar suas criatividade a serviço do voluntariado) – e, ainda, “empreendedores virtuais”;

c) Mas, se quiserem ser grandes homens de negócios, adaptem seus empreendimentos às perspectivas do novo capitalismo ultraliberal. Invistam em mercado de capitais; contratem especialista em Planejamento Estratégico, apliquem os ditames da Reestruturação Produtiva; enxuguem a máquina administrativa – demitam e contratem firmas terceirizadas, trabalhadores autônomos ou inventem “cooperativas” –; procurem os empreendedores do VOCÊ/SA e transfiram para eles a responsabilidade com os custos das suas próprias atividades;

d) Se forem líderes sindicais, esqueçam as lutas sociais libertárias, contra-hegemônicas e universalistas. Isso não vela mais nada, é coisa do passado. Sejam “reformistas” e procurem resultados; transformem o “Primeiro de Maio” numa grande festa – distribuam carros, casas e produzam megaeventos – ou, para não dar muito em cima, promovam um reencontro harmonioso, sem falar do seu passado de luta e de resistência. De preferência, articulem sua entidade com os Planos de Previdência Privada ou os Fundos de Pensão.

O problema é que existem outras correntes do pensamento organizacional que, mesmo sendo minoria, diante de toda a produção a serviço do trabalho militarizado, tratam da Cultura e do Poder nas organizações¹¹.

11 A abordagem que resulta na construção de uma teoria do poder nas organizações, para revelar os seus métodos de dominação sobre os indivíduos, sobretudo pelas organizações hipermodernas, foi lançada por Max Pagès, Vicent de Gaulejac, Michel Bonetti e Daniel Descendre (1987). A obra original foi editada em 1979. Essa teoria do poder e da organização foi elaborada a partir de um estudo concreto sobre o funcionamento de uma empresa multinacional – intitulada, na pesquisa, como TLTX –, a fim

Trata-se, segundo os que criticam, de maneira mais radical, a teoria organizacional conservadora, de uma opção voltada, sobretudo, para a organização hipermoderna, como uma verdadeira organização-droga, amada e detestada, ao mesmo tempo, na qual o indivíduo assume uma postura ambivalente em relação a ela.

Ao investir nesse modo de controle, a organização se torna objeto de identificação e de amor. Torna-se, para o empregado, a fonte de prazer e, ao mesmo tempo, alimenta e fixa sua angústia, por tornar-se dependente dela, no sentido pleno da palavra. Segundo Pagès, Bonetti, Gaulejac e Descendre (1987), isso “não apenas para sua existência material, mas também para a integridade de sua própria identidade. A transação entre o indivíduo e a organização funciona através desse par ambivalente: o prazer e a angústia” (*idem*, p. 147)¹².

Para eles, trata-se de um prazer específico, um prazer agressivo que se articula com uma identificação com o próprio poder para dominar os outros. Ao dominar o seu trabalho, para vencer a si mesmo sem cessar, passa o trabalhador a gostar da dificuldade em si. Um tipo de prazer com enorme componente de sadismo e de masoquismo. Como o objeto de satisfação, nessa forma de prazer, se dilui, os alvos e objetivos deixam de existir e dão lugar apenas a “telas” provisórias. Daí o impulso agressivo se investir como objeto “tornando-se impossível de se saciar e se transformar, podendo apenas se repetir, num círculo sem fim ou, melhor dizendo, servindo perfeitamente e somente às finalidades da organização” (*idem*, p. 147-148).

Outro importante teórico da cultura e do poder nas organizações é Eugène Enriquez (2007). A partir da década de 60, vem ele produzindo obras funda-

de compreender as relações entre o econômico, o político, o ideológico e o psicológico. Procura desvendar como essas organizações hipermodernas difundem sua ideologia, a sua religião, estruturadas nas políticas de recursos humanos e conseguem a adesão dos seus membros, através da influência sobre estruturas inconscientes por intermédio das quais os indivíduos se ligam a elas. Revela também a maneira como as pessoas se tornavam escravizadas pela organização e, no sentido sociológico, como essa escravidão tem uma característica de droga – prazer e sofrimento.

- 12 Essa versão – organização-droga – corresponde, enquanto droga, a um corpo estranho que se mescla ao organismo e provoca efeitos maiores que escampam ao seu controle – corpo estranho que passa a se tornar parte integrante do organismo e que o controla. Uma imagem que, na linguagem psicanalista, designa conceitos de identificação, de projeção e de introjeção. “Pela projeção sobre o objeto, de partes de si, de seus impulsos e de seus medos reprimidos, o indivíduo se torna uma parte do objeto, que vai então expressar, em seu lugar, seus medos e seus desejos e lhe permitir de os viver inconscientemente sem os assumir. Inversamente, o objeto assim investido pelo inconsciente do indivíduo é introjetado, ele toma o lugar das emoções reprimidas no inconsciente do sujeito, tornando-se parte dele. O resultado deste duplo processo é a identificação. Produz-se uma colagem entre o inconsciente individual e o objeto que se torna indissociáveis, sem que o indivíduo tenha consciência do processo que conduz à identificação: ‘faço parte da TLTX, como TLTX faz parte de minha vida’” (*idem*, p. 147).

mentais para compreensão de controle e de poder¹³. Referindo-se a Castoriadis, entende que a cultura e poder se internalizam, a partir de instituições.

Essas correntes procuram desmitificar a evangelização, a glorificação do trabalho subordinado; procuram, sobretudo, acompanhar historicamente as diversas fazes, faces e farsas dessa exploração; a maneira ardilosa como aquelas teorias compuseram o seu arcabouço ideológico. Por isso, vão rastrear a chamada *Administração Científica* – de Ford e Taylor – para chegar ao *Onhismo*, ao *Toytismo*, ao *Volvoismo*, ao *Círculo de Controle de Qualidade* – CCQs –, aos sistemas de produção *Just-in-time* e *kanban*, à *Ergonomia*, à *Reengenharia*, ao *Planejamento Estratégico*, enfim, a todas as experiências e práticas organizacionais voltadas para racionalidade, à eficiência produtiva e ao controle do trabalho humano.

A partir de Henriquez, pode-se, também, compreender as correntes do pensamento organizacional crítico, identificando três diretrizes:

a) Traça ele uma cartografia dessas mesmas teorias conservadoras – desde a teoria clássica da chamada administração científica – Fordismo e Taylorismo – para ir ao encontro das teorias sistêmicas e desvendar o significado da filosofia social positivista e a sociologia funcionalista, com o objetivo de reconhecer a importância e de suas linguagens silenciosas, na formação e disseminação dessas mesmas teorias;

b) Procura esclarecer a formação ideológica do administrador de empresas, através de uma compreensão crítica das teorias organizacionais;

c) A partir da reunião de três elementos fundamentais – organização do trabalho, saúde e subjetividade – empreende pesquisas e produção acadêmica centradas noutros marcos teórico-metodológicos e que apontam para as psicopatologias da vida cotidiana decorrentes das relações de trabalho subordinadas.

Mesmo partindo-se do princípio segundo o qual os modos de produção capitalista, que fizeram aparecer duas classes em conflito – capitalista e proletariado – se consolidaram no século XIX, a organização da produção e do trabalho, no contexto de uma racionalidade centrada em pressupostos científicos, somente apareceu nas primeiras décadas do século XX. Até meados desse mesmo século, essa versão de administração científica era hegemônica.

13 Ver, sobretudo, as obras traduzidas para o português: ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990; ENRIQUEZ, Eugène. *As figuras do poder*. São Paulo: Via Lettera, 2007.

Mas, especialmente, a partir da segunda metade do século XX, começaram a aparecer pesquisas e propostas acadêmicas que tratavam especificamente da Cultura e do Poder nas organizações.

Assim como Marx foi o grande intérprete da exploração do trabalho humano, Freud foi o grande analista do mal-estar da modernidade. A partir das ideias disseminadas por esses dois grandes pensadores, Michael Foucault e Herbert Marcuse, por exemplo, percorreram um caminho extraordinário para interpretar a sociedade moderna, no contexto das relações de trabalho. Daí por diante, se fortaleceu a Teoria Organizacional Crítica. E, nesse aspecto, as escolas francesas se destacam¹⁴.

O psicanalista Francês Christophe Dejours (1992) admite que os resultados das recentes pesquisas etiológicas contemporâneas têm confirmado que a deterioração da saúde mental no trabalho está relacionada à organização do trabalho e às novas estratégias organizacionais. Segundo ele, o aumento considerável da pressão produtiva decorre exatamente da evolução dos métodos de organização do trabalho, que provoca um isolamento e uma solidão e o aumento das patologias mentais resultantes do trabalho. Daí é possível revelar a fragilização gerada por métodos organizacionais, que instalam um individualismo exacerbado, deslealdade, a desconstrução de convívio, em vez da confiança, a lealdade e a solidariedade. Tudo isso produz uma “implacável solidão em meio à multidão” (DEJOURS, 2009, p. 50).

Ressalta Pedro Bendassolli, ao prefaciar a obra escrita por Vicente de Gualejac (2007), que a concepção conservadora da gestão tornou-se uma ideologia dominante do nosso tempo. Quando ela é combinada com a emergência de práticas gerencialistas constitui um poder característico da sociedade hipermoderna¹⁵.

Mesmo sem questionar o trabalho subordinado como categoria prevalente da sociabilidade – já que aceita a divisão social do trabalho, um mal necessário –, Georges Friedmann (1964) denuncia, a partir de pesquisas realizadas

14 O famoso Tratado de Sociologia do Trabalho (1978), cuja primeira edição é de 1961, reúne vários estudos considerados, por Alain Touraine, como de psicossociologia da empresa (1967, p. 9). Antecipava ele uma discussão que começava retardada por mais de trinta anos. Mas, não se vincularia mais e apenas às técnicas de organização e desvinculada do desenvolvimento econômico. Para ele, “seria indispensável analisar as transformações que haviam sido desencadeadas nas relações da empresa e do sistema econômico e social; examinar, a partir do movimento de concentração industrial, as transformações ocorridas na propriedade e no controle, na direção e na organização da empresa” (*idem*, p. 9).

15 Gaulejac (2007) cita Nicole Aubert, a partir de um livro escrito em 2004: “A noção de organização ‘hipermoderna’ foi proposta por Max Pagès (Pagès et al. 79) na pesquisa que realizamos juntos sobre o poder em uma grande multinacional. A presente obra se inscreve na filiação desse trabalho, cujas hipóteses, vinte e cinco anos depois, não foram desmentidas pelos fatos” (*idem*, p. 33).

na década de 50 do século XX, o trabalho em migalhas produto da automação e do progresso técnico que podem contribuir para a degradação do homem. Daí por diante, não pararam, como ficou aqui evidenciado, as pesquisas e as teorias que comprovam os impactos emocionais e psíquicos na vida daqueles que vendem a sua força de trabalho.

Os estudos psicossociais das organizações hipermodernas nos ajudam a compreender, por outro lado, a estrutura do capitalismo flexível, para, em seguida, compreender a flexibilização e a desregulamentação das relações de trabalho. É que a teoria jurídico-trabalhista contextualiza os temas flexibilização e desregulamentação como causa e não como consequência da desconstrução de uma forma de trabalho originário da era fordista. Como não consegue familiarizar-se com uma bibliografia que envolva “os sentidos do trabalho”, a “cultura e o poder nas organizações” – responsáveis por essa ruptura – apresenta argumentos frágeis superficiais e, no fundo, legitimam essa supremacia, porque não conseguem ir além de uma interpretação dogmático-legislativa.

4 – OS SENTIDOS DO TRABALHO, PARA ALÉM DA CULTURA E DO PODER NAS ORGANIZAÇÕES

4.1 – Os valores de uma empresa pós-taylorista. A ética empresarial no contexto de uma ética cívica. A versão de Adela Cortina

Apesar de a *Teoria da Ação Comunicativa* não se dirigir à desqualificação da essência dos modos de produção capitalistas, procura claramente questionar a cultura organizacional e a gestão de recursos humanos de caráter autoritário e piramidal, por entender que elas se instauram mediante adesão, coação burocrática e manipulação. Nesse contexto, defende a substituição do *princípio da obediência* pelo *princípio da responsabilidade*.

Essa opção formaria um *management* de terceiro tipo, que viria a substituir a autoridade disciplinar pela autoridade de animação – um modelo de *management* que privilegiaria não somente o princípio da inovação permanente dos produtos, mas, também, a inovação moral da comunicação.

Essas são algumas impressões que se pode, de início, extrair de um dos capítulos de uma obra importante escrita pela filósofa espanhola Adela Cortina¹⁶ e que demonstram, também, de saída, que as relações de trabalho centradas no binômio poder disciplinar e subordinação não têm vigência no contexto de

16 CORTINA, Adela. Ética de la empresa: sin ética non hay negocio. In: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 263-284.

um novo e determinado *ethos*, que, para ela, significa dizer: “sem ética, não há negócio” (*idem*, p. 276).

Em primeiro lugar, a aludida filósofa enfrenta a questão relacionada a uma ética econômica. Para alguns especialistas, a economia não devia se deixar contaminar com valores morais. Por outro lado, a ética, para levar adiante o seu que/fazer deveria evitar as considerações econômicas. Daí o enfrentamento entre estes dois valores – econômico e moral – que abrem outra dicotomia: a eficiência e a equidade.

Esse enfrentamento teria sido resultado da larga história da modernidade ocidental, na sua versão weberiana. Daí privilegiar-se a racionalidade econômica, como paradigma da própria racionalidade, enquanto as decisões éticas foram relegadas habitualmente ao âmbito das decisões subjetivas ou das decisões privadas da consciência, na medida em que o processo de racionalização ocidental se traduz em ações racional-teleológicas, que ganharam terreno, em detrimento das ações guiadas a valores.

A ação maximamente racional, segundo Adela Cortina, será aquela realizada por um agente em um horizonte axiológico claramente articulado. Com isso, elege-se, para seus fins, os meios mais adequados, tendo em conta as consequências que deles se seguem. A *ação racional-teleológica* parece permitir uma maior objetividade, porque pode se discutir a adequação e os meios aos fins, quando recorre às consequências. Enquanto isso, os restantes tipos de ação bloqueiam toda argumentação sobre meios, na medida em que prescindem de valoração das consequências.

A *ação racional-axiológica* também se encontra diante de grandes dificuldades em suas pretensões objetivadoras, uma vez que os valores são objeto de crença e a crença é uma questão subjetiva. Por isso, “cada homem opta por uma hierarquia de valores, mas seus valores últimos já não podem fundar-se em outros, razão pela qual há de aceitá-los por uma questão de fé. Os axiomas últimos de valor são incomensuráveis e, por isso, com eles, não é possível estabelecer discussão e acordo, mas apenas simples aceitação” (*idem*, p. 264).

Aí reside a raiz última do politeísmo axiológico professado pelo mundo democrático-liberal, em virtude do qual, no campo dos valores, cada um tem seu deus. Por isso, sobre esses valores não cabe argumentar ou se pôr de acordo, uma vez que no âmbito da racionalidade impera a razão teleológica, que tem seu paradigma na racionalidade econômica.

Para Adela Cortina, respaldar essas variáveis significa esquecer, pelo menos, três coisas:

DOCTRINA

1. Que a moral é também racional, se se entender a racionalidade com a *faculdade do intersubjetivo* ou a faculdade que nos permite argumentar e alcançar acordos. Por isso, ao largo da história da ética ocidental fomos descobrindo distintos modelos de racionalidade moral – alguns dos quais aproximam a ética prodigiosamente à racionalidade econômica, como é o caso da razão calculadora dos utilitaristas, que tem em conta todos os elementos da racionalidade teleológica;

2. Que, hoje, a intersubjetividade é um fato, ao menos nas democracias liberais, na medida em que é possível detectar neles alguns valores compartilhados pelos indivíduos – direitos humanos, liberdade, igualdade e solidariedade, tolerância e pluralismo –, valores que ela denomina de *ética cívica*. Ler, nos distintos campos, esses valores, assim como suas específicas modulações, constitui a tarefa que a mesma passou a chamar de éticas aplicadas;

3. Que a racionalidade econômica, em seu funcionamento concreto e situado, não é amoral, na medida em que os modelos econômicos, especialmente em suas aplicações concretas, *são* mais ou menos morais ou imorais, mas nunca amorais.

Tal como acontece nos distintos âmbitos da vida social – política, economia, moral – se pode dizer que as denúncias de imoralidade da vida econômica, política ou empresarial recordam que podem e devem ser julgadas moralmente, a partir de cada um desses âmbitos. O objetivo é captar o sentido e o fim de cada um deles para a vida social e em que se legitimam as suas atividades.

A partir dessas premissas, assinala que a economia não é moralmente neutra, como não é nenhuma atividade humana que tem incidência social, “porque todas elas têm um sentido social que deve satisfazer metas que cobram *legitimidade social* e sobre a qual é possível descobrir valores e princípios peculiares” (*idem*, p. 265).

No caso específico da economia, identificam-se valores, como: *equidade*, *eficiência*, *qualidade*, *competitividade* e a *solidariedade* que a envolve. Em resumo: “a atividade econômica é indissociável da moralidade, porque é uma dimensão de uma teoria da sociedade” (*idem*, p. 265).

4.2 – O trabalho em sua dimensão ontológica. Os sentidos – objetivo/subjetivo do trabalho

O sistema da acumulação flexível, que desconstrói a organização empresarial do tipo tradicional, provoca megafusões e incorporações, ao mesmo tempo

em que transfere para pequenos empreendimentos terceirizados a fabricação, as plantas e as unidades produtivas e, também, os respectivos custos¹⁷.

Para conviver com o desemprego estrutural, aparecem, no interior das organizações, uma nova morfologia do trabalho, que exige dos trabalhadores, segundo Ricardo Antunes (2007, p. 16), que eles sejam multifuncionais, polivalentes, “que na verdade expressa a enorme intensificação dos ritmos, tempos e processo de trabalho. E isso ocorre tanto no mundo industrial como nos serviços, para não falar no agronegócio” (*idem*, p. 16). Essa nova morfologia do trabalho somente pode ser compreendida e explicada, segundo ele, a partir de uma compreensão dos seus contornos mais gerais, em seus aspectos analíticos e empíricos¹⁸.

A Sociologia do Trabalho procura priorizar os sentidos do trabalho, a força de trabalho em si, em suas diversas acepções e formas de exploração; reúne mais, em seus projetos de pesquisas, economistas e sociólogos do trabalho; já a Teoria Organizacional crítica dá mais ênfase aos controles institucionais decorrentes dos modelos de gestão e de administração e seus pesquisadores são mais voltados para a psicologia social e clínica, bem como à administração.

Isso não significa dizer que não haja também uma interligação entre essas duas correntes, que, por sua vez, abriga e converge para outros campos dos chamados saberes sociais ou culturais que concentram seus estudos no trabalho humano. Sem uma visão integrada dessas duas correntes; sem a confluência desses dois campos do saber social crítico, considerada por Touraine de psicossociologia, não é possível compreender a subordinação da força do trabalho ao capital.

As opções apresentadas pela teoria jurídica – parassubordinação e flexi-segurança – não passam de formas legitimadoras de um modelo de sociedade centrado na exploração da força de trabalho, que vêm a se juntar àqueles disseminados pelas teorias organizacionais conservadoras – empreendedorismo e empregabilidade.

Mas os estudos relacionados aos sentidos do trabalho, a cultura e o poder nas organizações não estariam completos se não fossem buscar, na filosofia, uma concepção ontológica para o trabalho humano. Aqui, também se pode encontrar uma confluência de pensamento, sem preferências ideológicas – exceto, claro,

17 A propósito, ver: LAZZARATO & NEGRI. *Trabalho imaterial*: formas de vida e produção de subjetividade. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

18 Apresentei no citado trabalho, publicado na Revista LTr, as evidências empíricas, analíticas e culturais, para desqualificar a prevalência do trabalho subordinado como fundamento da sociabilidade e objeto do Direito do Trabalho (2008, *idem*, p. 913-919.)

aquelas que estão a serviços das grandes corporações e do ultraliberalismo global.

De início, essa abordagem passa pela teoria marxista. Ela remonta a tradição hegeliana, segundo a qual o trabalho estabelece uma mediação entre o ser humano e o mundo. Na sua dialética do senhor e do escravo, Hegel procura desvendar os aspectos alienantes do trabalho.

Para Marx, “o trabalho é fonte de toda riqueza e de toda a cultura”¹⁹, ele põe em movimento as forças naturais pertencentes à sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mãos, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, a sua própria natureza (In: ANTUNES, Ricardo, 2006: 36).

O trabalho humano se constitui como condição natural da vida humana, no seu intercâmbio orgânico com a natureza. Ao atuar sobre a natureza, para se apropriar da matéria natural de forma útil para a sua própria vida; “ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza”²⁰.

Para Marcuse (1988: 10), o trabalho é visto na sua dimensão ontológica, “isto é, um conceito que apreende o ser da própria existência humana como tal”. Ele rechaça a concepção dada pela moderna ciência do trabalho, que não englobaria os seus caracteres fundamentais, por isso revela o seu lado penoso “da caracterização como fardo”. Reivindica, o aludido filósofo, um trabalho libertado da alienação e da coisificação, “para que ele se torne novamente aquilo que é conforme sua essência: a realização efetiva, plena e livre do homem como um todo em seu mundo histórico” (*idem*, p. 44). É em György Lukács (4004) que o trabalho aparece como ontologia do ser social.

Aquele que se debruçar na interpretação da Doutrina Social da Igreja Católica verificará uma flagrante ambiguidade: ela condena a exploração, mas reivindica apenas uma maior humanização para esse tipo de trabalho.

Mas, curiosamente, em alguns textos é possível verificar uma semelhança com o sentido ontológico dado ao trabalho pelos marxistas. Assim,

“o homem ao voltar-se, mediante o trabalho, cada vez mais senhor da terra e ao consolidar, mediante seu domínio sobre o mundo visível, em

19 MARX, Karl. Crítica ao Programa de Gotha. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *A dialética do trabalho*. Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular. p. 126

20 Marx, 1983: 149-150. In: LESSA, Sérgio: *Trabalho e proletariado no capitalismo contemporâneo*. São Paulo: Cortez. p. 131.

qualquer hipótese e em todas as fases desse processo, permanece na linha daquela disposição original do Criador. Quer dizer: crescer, multiplicar, encher a terra e submetê-la ao seu domínio.” (SARTORI: 1996: 107-8)

Para justificar esse argumento, aponta para o seu duplo significado: o trabalho no sentido objetivo e no sentido subjetivo:

“O homem, ao submeter a terra com o seu trabalho, em todas as etapas históricas, realiza um ato de criação de seu domínio sobre a natureza e o sujeito próprio do trabalho continua sendo o homem. Mas, quando o homem exerce o domínio sobre a terra, o faz como um ser dotado de subjetividade. Ao ser capaz de atuar de maneira programada e racional, deve encarar o trabalho como realização de si mesmo. É pois como pessoa que o homem é sujeito do trabalho, o que confere ao trabalho humano seu inegável valor ético.” (SARTORI: 1996, 110)

Enquanto categoria que se insere no contexto da dignidade humana, o trabalho

“é um bem do homem porque, mediante o trabalho, o homem não somente transforma a natureza adaptando-a às próprias necessidades, mas também realiza a si mesmo como homem e, em certo sentido, se sente mais homem.” (SARTORI: 1996, 116)

A busca incessante para dar sentido à vida extrapola ou conflui para unir todas as ideologias e concepções filosóficas que vão de encontro a esse modelo de sociedade que escraviza o gênero humano, por meio do trabalho subordinado. Reúne todas as forças contra o ultraliberalismo político e econômico – que destrói a pessoa na sua subjetividade, do mesmo modo que destroem o meio ambiente e a natureza – e tenta restaurar os movimentos contra-hegemônicos, historicamente de caráter universalista.

Outro aspecto que é visto de maneira inconsistente pela doutrina jurídica: pretender restaurar a sociedade do trabalho e combater o avanço tecnológico, como medida capaz de retomar o Pleno Emprego.

O impacto das tecnologias, que foram desenvolvidas durante a história da humanidade, prognostica e se dirige, no âmbito da filosofia, à libertação, à emancipação humana do trabalho manual/repetitivo que lhe escraviza, sempre que esse trabalho se lhe apresente como uma obrigação, como um fardo, e separado da vida – como o trabalho abstrato –, e, finalmente, lhe obrigue a dele depender para existir, para sobreviver.

DOCTRINA

Quando Aristóteles (1955) se referia à vida como ato de pura contemplação estava se referindo, sobretudo, ao trabalho livre e criativo. Mas, também, lançou, enfaticamente, o seu prognóstico:

“Com efeito, se cada instrumento pudesse, a uma ordem dada ou apenas prevista, executar sua tarefa... se as lançadeiras tecessem as toalhas por si, se o plectro tirasse espontaneamente sons da cítara, então os arquitetos não teriam necessidade de trabalhadores, nem os senhores, de escravos.” (ARISTÓTELES, 1955: 17)

Tempos depois, Hegel (1976: 181) previu: “Em suma, abstração da produção leva a mecanizar, cada vez mais, trabalho e, por fim, é possível que o homem seja excluído e a máquina o substitua” (HEGEL, 1976: 181).

Em seguida, afirmara Nietzsche (1993):

“(...) os aristocratas de nascimento, no campo do espírito, não se dão demasiado à pressa: suas criações brotam e caem da árvore em uma tarde tranquila de outono, sem que hajam sido desejadas, forçadas nem devoradas por outros, como aprêmio. A ânsia de estar criando sem trégua nem descanso é vulgar e manifesta ciúmes, inveja, ambição. Quando se é algo, não se necessita verdadeiramente se fazer nada – e, sem embargo, se faz muito. Há um tipo humano mais elevado que se encontra por cima do indivíduo ‘produtivo’.” (NIETZSCHE, 1993, p. 146)

Já no século XX, Russell (2002) afirmou ainda que:

“A moderna técnica trouxe consigo a possibilidade de que o lazer, dentro de certos limites, deixe de ser uma prerrogativa das minorias privilegiadas e se torne um direito a ser distribuído de maneira equânime por toda coletividade. A moral do trabalho é uma moral de escravos, e o mundo moderno não precisa de escravidão.” (RUSSELL, 2002, p. 27)

A propósito da ideologia do trabalho dever, e para desvendar a ideologia do trabalho livre como sinônimo de preguiça, eis o que disse a filósofa brasileira Marilena Chauí:

“Longe, portanto, de o Direito à preguiça ter sido superado pelos acontecimentos, é ele que, numa sociedade que já não precisa da exploração mortal da força de trabalho, pode resgatar a dignidade e o autorrespeito dos trabalhadores quando, em lugar de se sentirem humilhados, ofendidos e culpados pelo desemprego, se erguerem contra os privilégios da apropriação privada da riqueza social e contra a barbárie contemporânea, porque podem conhecê-la por dentro e aboli-la. Lutarão não mais

pelo direito ao trabalho e, sim, pela distribuição social da riqueza e pelo direito de fruir de todos os seus bens e prazeres.” (CHAUÍ, 1999, p. 19)

4.3 – Os distúrbios físicos e metafísicos decorrentes do emprego ou do desemprego

Há, por outro lado, em tempos de desemprego estrutural e de subemprego²¹, uma forte inclinação para distúrbios emocionais decorrentes, sobretudo, da falsa e agressiva propaganda em torno da eficiência profissional, como pressuposto da batalha para o acesso ao emprego ou aos tais empreendedorismos²².

Flutuações, incertezas e inseguranças são fatores que compõem a própria essência das relações de trabalho subordinado. Elas se acentuam radicalmente com o processo de desproletarização, na medida em que os desempregados, na sociedade contemporânea, não podem mais ser enquadrados no chamado exército de reserva da mão de obra²³.

Os traumas psicológicos frutos desse modelo de relações de trabalho já foram evidenciados quando analisei *os sentidos do trabalho, a cultura e o poder nas organizações*. Pavor e insegurança fazem parte da sua essência. Por isso, não importa que o trabalhador esteja ou não empregado. Os sobressaltos,

-
- 21 Referindo-se às “evidências empíricas, presentes em várias pesquisas”, admite Ricardo Antunes que o mundo do trabalho sofreu, como resultados das transformações e metamorfoses em curso nas últimas décadas, um processo de desproletarização do trabalho industrial, fabril, que se traduz, de um lado, na diminuição da classe operária tradicional e, do outro, numa significativa subproletarização do trabalho, decorrente “das formas diversas de trabalho parcial, precário, terceirizado, subcontratado, vinculado à economia informal, ao setor de serviços, etc. Verificou-se uma ‘heterogenização, complexificação e fragmentação do trabalho’. Para ele, há um múltiplo processo que envolve a desproletarização da classe-que-vive-do-trabalho e uma subproletarização do trabalho, convivendo, ambas, com o desemprego estrutural”. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. Perdizes: Boitempo, 2006. p. 209-211.
- 22 Viviane Forrester (1979:14) demonstra a amargura e a decepção vivenciadas por aqueles que são obrigados a procurar emprego ao afirmar: “não se sabe se é cômico ou sinistro, por ocasião de uma perpétua, irremovível e crescente penúria de empregos, impor a cada um dos milhões de desempregados – e isso a cada dia útil de cada semana, de cada mês, de cada ano – a procura (efetiva e permanente) desse trabalho que não existe. Obrigá-lo a passar horas, durante dias, semanas, meses e, às vezes, anos, se oferecendo todo o dia, toda semana, todo mês, todo ano, em vão, barrado previamente pelas estatísticas”.
- 23 Segundo Bauman (1998:50): Os desempregados eram o exército de reserva da mão de obra. Temporariamente sem emprego por motivo de saúde, enfermidade ou dificuldades econômicas correntes, eles deviam ser preparados para reassumir o emprego, quando aptos – e prepará-los era, então, de um modo geral, a tarefa reconhecida e a incumbência explícita ou tácita dos poderes públicos. Já não acontece assim. Exceto nos nostálgicos e cada vez mais demagógicos textos de propaganda eleitoral, os sem emprego deixaram de ser um exército de reserva da mão de obra.

fruto dessa insegurança desse incerteza constituem o substrato a essência desse modelo, que os faz se sentir física e metafisicamente imprestável²⁴.

Para não ficar apenas no plano do diagnóstico, dos prognósticos, das evidências empíricas e analíticas, é preciso afirmar, daqui por diante, que é preciso formular uma nova alternativa, sociabilidade transitória, rumo à eliminação completa da exploração da força de trabalho.

5 – CONCLUSÃO

É lamentável que a doutrina e a produção acadêmica predominantes não tenham dado a devida atenção a essas variáveis e teimem em considerar o trabalho livre/subordinado como objeto desse campo do conhecimento jurídico. Teimem em considerar a proteção dessa modalidade de trabalho como uma revolução, uma ruptura em relação aos sentidos da autonomia privada clássica, ao proclamar uma pseudosuperioridade jurídica àquele que é inferior economicamente – o empregado.

Daí o beco sem saída: trabalho livre/subordinado e igualdade jurídica, quando, de fato, o empregador admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, cabendo à outra parte – o empregado – ficar jurídica, econômica e psicologicamente subordinada.

O trabalho humano – e todas as suas dimensões, variáveis e perspectivas – torna-se um assunto demasiadamente complexo e não pode ser reduzido dessa maneira. Pior: não se pode eleger, como centro de referência para o mundo da vida; nem como *a priori* das teorizações, no âmbito das ciências sociais ou culturais, o trabalho abstrato – desvirtuado dos seus valores e dos seus sentidos – objetivo e subjetivo.

Sabe-se, no entanto, que, não obstante poder-se constatar, ao longo da história, uma nítida separação entre trabalho manual e trabalho intelectual, um nítido desprezo e desqualificação daquele e uma exaltação deste, a guinada teórico-filosófica, o corte epistemológico deu-se exatamente a partir da

24 Marshall Berman (2001: 287-288) é contundente: “O fator crucial para pertencer a essa classe não é trabalhar numa fábrica nem trabalhar com as mãos, tampouco ser pobre. Tudo isso pode mudar junto com as flutuações dos estoques, das demandas, da tecnologia e da política. A condição crucial é a necessidade de vender o seu trabalho para o capital poder sobreviver, a necessidade de mudar sua personalidade para pô-la à venda – de se olhar no espelho e perguntar ‘O que eu tenho que posso vender?’ E a permanente tensão e pavor de que, mesmo estando bem de vida hoje, você possa não encontrar ninguém que queira comprar o que você tem ou o que você é amanhã, de que o mercado mutável possa declará-lo (como já declarou a muita gente) imprestável, de que venha a se perceber física e metafisicamente sem teto e à mercê do frio”.

consolidação do capitalismo e do modelo de estado que lhe deu sustentação – o Estado Liberal. Deu-se, sobretudo, no momento em que se uniformizou e se universalizou o trabalho abstrato como fonte de toda a riqueza, de toda produtividade e como condição pessoal e social de afirmação. Essa forma de trabalho – antes considerada aviltante e desprezível – passou então a ser glorificada, evangelizada ou, como disse Arendt (1993), saiu da mais humilde e desprezível posição à mais alta categoria, como a mais estimada de todas as atividades humanas.

Não se pode ver/compreender a maneira como o trabalho abstrato se instituiu e se consolidou; não se pode tentar problematizá-lo e refutá-lo sem uma base hermenêutica consistente e uma sólida compreensão filosófica, que ponham em relevo a sua origem, o momento em que ele se tornou hegemônico e o momento atual, em que se pode identificar o seu declínio, em dois sentidos: quando começa a deixar de ser o centro de referência da vida humana – pelo menos, enquanto classe trabalhadora juridicamente protegida, dentro dos padrões legislativos instituídos pelo Estado do bem-estar social –; e quando começa a aparecer novas proposições acadêmicas voltadas a questioná-lo, ou melhor, a questionar a sua uniformidade e a sua universalidade.

Estou consciente de que não me cabe, como não cabe a quem se debruça, analisa e estuda os fenômenos políticos, jurídicos, econômicos e sociais de uma época – sobretudo, de uma época marcada por rupturas, metamorfoses e incertezas – se aventurar, na tentativa de projetar ou predizer o futuro.

Sabe-se, no entanto, que, quanto menos adestrada, disciplinada, coagida, vigiada, no sentido foucaultiano do termo, for a sociedade do trabalho, mais livre será a sociedade como um todo, mais força e coesão terá para seguir o seu itinerário histórico: instituir e desenvolver movimentos emancipatórios e contra-hegemônicos destinados a combater o ultraliberalismo global e a fundar um novo modelo de convivência entre os humanos, que não deverá estar mais centrada na subordinação da força do trabalho ao capital – que revela apenas o seu lado penoso e caracterizado como um fardo –, mas, no trabalho em sua dimensão e constituição ontológicas, que possa apreender o ser da própria existência humana como um todo, a sua essência, e promova, como disse antes Marcuse, a sua realização plena e livre no seu mundo histórico.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade*. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DOCTRINA

- _____. *Retórica jurídica: uma atitude filosófica*. São Paulo. Revista Filosofia. Conhecimento Prático, n. 35. São Paulo: 2012.
- ADORNO, W; Horkheimer, Max. *Dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ALTHUSSER, Louis. *A transformação da filosofia; seguido de Marx e Lênin perante Hegel*. São Paulo: Mandacaru, 1989.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho*. São Paulo: Revista LTr, vol. 72, n. 8, Agosto 2008, p. 913-919;
- _____. *Princípios de Direito do Trabalho*. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Direito do Trabalho e pós-modernidade*. Fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2006.
- ANTUNES, Ricardo (Org.). *A dialética do trabalho*. Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2004, p. 143.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.
- ARISTÓTELES. *Moral a Nicômaco*. Madrid: Espasa Calpa, 1994.
- _____. *A política*. São Paulo: Atena, 1955.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. São Paulo: Paulus, 1997.
- _____. *Mal-estar na pós-modernidade*. São Paulo: Jorge Zahar, 1998.
- BERMAN, Marshall. *Aventuras no marxismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- CHAUÍ, M. Introdução. In: LAFARQUE, Paul. *O direito à preguiça*. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 19.
- COSENTINO FILHO, Carlo Benito. *Os trabalhadores do conhecimento e o trabalho imaterial*. As novas possibilidades de reinvenção das lutas coletivas. Recife: Programa de Pós-Graduação em Direito. Texto avulso. Dissertação de Mestrado, 2011.
- CORTINA, Adela. Ética de la empresa: sin ética non hay negocio. In: *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 263-284.
- D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. *A subordinação da força de trabalho ao capital: para ampliar os cânones da proteção e o objeto do Direito do Trabalho, a partir da economia social ou solidária*. Recife: Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Texto avulso, 2010.
- DURKHEIM, Emile. *A divisão do trabalho social*, vol. II. Lisboa: Presença, 1991.
- ENRIQUEZ, Eugène. *Da horda ao Estado*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.
- _____. *As figuras do poder*. São Paulo: Via Lettera, 2007.
- ESTEVES, Juliana Teixeira. *A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo*.

DOCTRINA

Recife: Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, junho de 2010. Texto Avulso.

FRIEDMANN, Georges. *O trabalho em migalhas*. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____; NAVILE, Pierre. *Tratado de sociología del trabajo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

GAULEJAC, Vincent. *Gestão como doença social*. Ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Aparecida: Idéias & Letras, 2007.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho*. Crítica à razão econômica. São Paulo: Annablume, 2007. p. 49.

_____. *O imaterial*. Conhecimento, valor e capital. São Paulo: Annablume, 2007.

GRINT, Keith. *Sociologia do trabalho*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HEGEL, F. *Princípios de filosofia do Direito*. Lisboa: Martins Fontes, 1976.

KURZ, Robert. *Razão sangrenta*. Ensaios sobre a crítica emancipatória da modernidade capitalista e de seus valores ocidentais. São Paulo: Hedra, 2010.

LAZZARATO, M.; NEGRI, A. *Trabalho imaterial e subjetividade*. Rio de Janeiro: DP&-A, 2001.

MALHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. Os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MARCUSE, Herbert. *Cultura e sociedade*. vol. 2. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 10.

MARX, Karl. *O capital*. Crítica da economia política. Livro 1, vol. 1. O Processo de produção do capital. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Salário, precio y ganancia*. Moscou: Progreso, 1979.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MÉSZÁROS, István. *Teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 135.

NIETZSCHE, F. *Humano, demasiado humano*. Madrid: A.L. Mateos, 1993.

PAGÈS, Max; BONETTI, Michel; GAULEJAC, Vicent; DESCENDRE, Daniel. *O poder das organizações: a dominação das multinacionais sobre os indivíduos*. São Paulo: Atlas, 1987.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 20.

RUSSELL, B. *Elogio ao ócio*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002. p. 27.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTORI, L. M. (Org.). *Encíclicas do Papa João Paulo II*. São Paulo: LTr, 1996.

SENNETT, Richard. *A Cultura do novo capitalismo*. São Paulo: Record, 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. Salvador: Gráfica Contraste, 1996. p. 19.

WEBER, Max. *Economía e sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE PESQUISA VIA INTERNET

Fátima Nancy Andrich*

A difusão da comunicação digital transformou o mundo. Redimensionou o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações sociais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados.

Essas substanciais modificações inauguraram uma infinidade de novas relações jurídicas, de difícil enquadramento na legislação vigente.

Por mais que existam as sempre bem-vindas iniciativas de adequar e preencher o ordenamento com normas que confirmam tratamento legal específico às relações virtuais, não se pode ignorar que uma das características mais marcantes do mundo digital é sua extrema volatilidade, fazendo surgir novas e até então impensadas formas de se relacionar.

Essa contínua mutação do ambiente virtual resulta em lacunas na legislação, circunstância que desafia o Poder Judiciário a tutelar de forma justa e eficiente as relações jurídicas daí advindas. Cabe ao juiz interpretar o ordenamento com os olhos voltados para a realidade que o cerca, sabedor de que a sociedade encontra-se em constante mudança e que as leis nada mais são do que o reflexo dos anseios dessa sociedade.

A era digital, de fato, propiciou o surgimento de inúmeras relações jurídicas, muitas delas atípicas, mas isso não pode servir de obstáculo à prestação jurisdicional, até porque as peculiaridades inerentes ao mundo virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Cumprido ao julgador, portanto, captar a essência de cada dispositivo legal vigente, extraindo regras e princípios que se apliquem analogicamente à

* *Ministra do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior Eleitoral.*

web, sempre ciente de que, apesar de virtual, a relação jurídica estabelecida se materializa nas partes envolvidas, que podem e devem responder por seus atos, bem como que as particularidades inerentes às relações digitais não afastam as bases formadoras de um negócio jurídico clássico, tampouco os requisitos caracterizadores do dever de indenizar.

I – A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES E SEUS PROVEDORES: OS *SITES* DE PESQUISA VIRTUAL

A maior responsável pela integração virtual é a *world wide web* (www), uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*).

Nesse contexto, merecem destaque os provedores de serviços de internet; aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como:

(i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede;

(ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet;

(iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto;

(iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e

(v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da *web*.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

DOCTRINA

Na hipótese específica dos *sites* de busca, verifica-se a disponibilização de ferramentas para que o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na *web*, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos *links* das páginas em que a informação pode ser localizada.

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses *sites* não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* em que podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

Ainda assim, atualmente desempenham papel de suma importância, tendo em vista, de um lado, o estágio de dependência da sociedade contemporânea frente à internet e, de outro, a impossibilidade de se conhecer todo o diversificado conteúdo das incontáveis páginas que formam a *web*.

De fato, o cotidiano de milhares de pessoas hoje depende de informações que estão na internet, mas que, por desconhecimento da página específica em que estão inseridas, dificilmente seriam encontradas sem a utilização das ferramentas de pesquisa oferecidas pelos *sites* de busca.

Em contrapartida, porém, esses mesmos mecanismos de busca são usados em larga escala para a localização de páginas com conteúdo ilícito, cada vez mais comuns diante do anonimato que o ambiente virtual propicia.

Pessoas famosas, por exemplo, têm sido frequentemente alvo de violação dos seus direitos de personalidade, mediante a exploração indevida de sua imagem, criação de páginas de teor exclusivamente pejorativo e até mesmo a exposição de sua intimidade.

Igualmente corriqueira tem sido a utilização da internet para incitar a prática de condutas criminosas de elevada periculosidade, como a pedofilia, o tráfico de drogas e o terrorismo.

Em todos esses casos, a identificação dos respectivos *sites* se dá na maioria das vezes pela utilização dos serviços oferecidos por provedores de pesquisa.

Por outro lado, em resposta a esses abusos, vem se tornando comum a adoção de medidas judiciais tendentes a impedir que os provedores de busca exibam resultados para determinados termos de pesquisa, na tentativa de obstar ou pelo menos inibir a disseminação de conteúdos considerados ofensivos e/ou ilegais.

Por tudo isso, a definição dos limites da responsabilidade desses *sites* de pesquisa se torna fundamental.

II – OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISA VIA INTERNET

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado pelos *sites* de busca via internet, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da atividade por eles desenvolvida que, como visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de pesquisa, facilitando a localização de informações na *web*.

Assim, os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema.

Do dever de filtrar o resultado das pesquisas realizadas

A responsabilidade dos provedores de busca, porém, não alcança o resultado das pesquisas que realiza. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

Conforme anota Rui Stoco, quando o provedor de internet age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros”¹.

Por outro lado, há de se considerar a inviabilidade de se definir critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante a subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou a imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Ademais, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores.

Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor de pesquisa por danos decorrentes do conteúdo

1 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 901.

das buscas realizadas por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02.

No julgamento do REsp 1.067.738/GO², tive a oportunidade de enfrentar o tema, tendo me manifestado no sentido de que “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.

Roger Silva Aguiar bem observa que o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, do CC/02 “inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em ‘perigo’ para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo”³.

Com base nesse entendimento, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”⁴.

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de pesquisa. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na internet não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial”⁵.

Conclui-se, portanto, ser ilegítima a responsabilização dos provedores de pesquisa pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.

2 Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.067.738/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, relatoria p/ acórdão Minª Nancy Andrichi, DJe de 25.06.09.

3 AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

4 Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ do Conselho da Justiça Federal, nos dias 12 e 13 de setembro de 2002.

5 BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: RT, 2003. p. 361.

Da viabilidade de se imporem restrições aos resultados de pesquisas

Interessante perquirir, ainda, se a despeito de não poder ser juridicamente responsável pela veiculação de imagens ofensivas incluídas e mantidas na *web* por terceiros, pode o provedor de busca ser o destinatário de determinação judicial tendente a proibir a exibição de resultados para a pesquisa de conteúdos considerados ilegais.

A resposta a essa indagação se inicia pela constatação de que os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* em que determinado dado ou informação, ainda que ilícito, está sendo livremente veiculado.

Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa.

Se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos *sites* de pesquisa.

Não se ignora a evidente dificuldade de assim proceder, diante da existência de inúmeras páginas destinadas à exploração de conteúdo ilícito, mas isso não justifica a transferência, para mero provedor de serviço de pesquisa, da responsabilidade pela identificação desses *sites*, especialmente porque teria as mesmas dificuldades encontradas por cada interessado individualmente considerado.

Com efeito, é notório que nosso atual estágio de avanço tecnológico na área da ciência da computação, notadamente no ramo da inteligência artificial, não permite que computadores detenham uma capacidade de raciocínio e pensamento equivalente à do ser humano. Vale dizer, ainda não é possível que computadores reproduzam de forma efetiva faculdades humanas como a criatividade e a emoção. Em síntese, os computadores ainda não conseguem desenvolver raciocínios subjetivos, próprios do ser pensante e a seu íntimo.

Sendo assim, não há como delegar a máquinas a incumbência de dizer se um determinado *site* possui ou não conteúdo ilícito, muito menos se esse conteúdo é ofensivo a determinada pessoa.

Diante disso, por mais que os provedores de informação possuam sistemas e equipamentos altamente modernos, capazes de processar enorme

volume de dados em pouquíssimo tempo, essas ferramentas serão incapazes de identificar conteúdos reputados ilegais.

Não bastasse isso, a verificação antecipada, pelo provedor de pesquisa, do conteúdo de cada página a compor a sua base de dados de busca eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da internet, que é a disponibilização de dados em tempo real.

O mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 3 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela *web* identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado.

Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na *web* sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito.

Essa circunstância, aliada ao fato de que a identificação de conteúdos ilícitos ou ofensivos não pode ser automatizada, torna impraticável o controle prévio por parte dos provedores de pesquisa de cada página nova ou alterada, sob pena, inclusive, de seus resultados serem totalmente desatualizados.

Portanto, inexistente a suposta facilidade dos provedores de informação de individualizar as páginas na internet com conteúdo ofensivo, de sorte que o argumento não serve de justificativa para lhes impor esse ônus.

Deve-se, pois, partir da realidade concreta, qual seja, a de que os sistemas dos provedores de pesquisa responderão a comandos objetivos, como a exclusão de um determinado termo ou expressão dos resultados de busca.

A partir daí, deve-se questionar a razoabilidade de se impor esse tipo de restrição aos provedores de pesquisa.

Nesse aspecto, destaco em primeiro lugar a pouca efetividade de se impor critérios objetivos de limitação às pesquisas. Diferentemente das máquinas, o ser humano é criativo e sagaz, e em pouco tempo encontraria meios de burlar as restrições de busca, por intermédio da utilização de termos ou expressões semelhantes ou equivalentes que, repise-se, não serão filtradas pela limitada capacidade de raciocínio dos computadores.

Aliás, a medida até certo ponto produz um efeito negativo.

É sabido que boa parte dos usuários de computador se motiva pelo desafio de superar os obstáculos criados pelo sistema. São os chamados *hackers* – técnicos em informática que se dedicam a conhecer e modificar dispositivos, programas e redes de computadores, buscando resultados que extrapolam o padrão de funcionamento dos sistemas – que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações.

Dessa maneira, a imposição de obstáculos que se limitam a dificultar o acesso a determinado conteúdo, sem que a própria página que o hospeda seja suprimida, findaria por incentivar a ação de *hackers* no sentido de facilitar a disseminação das informações cuja divulgação se pretende restringir.

A medida também se torna inócua pelo fato de que eventual restrição não alcançaria os provedores de pesquisa localizados em outros países, através dos quais também é possível realizar as mesmas buscas, obtendo resultados semelhantes.

Em segundo lugar, há de se considerar que essa forma de censura dificulta sobremaneira a localização de qualquer página com a palavra ou expressão proibida, independentemente do seu conteúdo ser ou não ilegal, tolhendo o direito à informação.

Por exemplo, a proibição de que um determinado provedor de pesquisa aponte resultados na busca da palavra “pedofilia” impediria os usuários de localizarem reportagens, notícias, denúncias e uma infinidade de outras informações sobre o tema, muitas delas de interesse público.

O exemplo acima ilustra a importância dos *sites* de pesquisa e o quão pernicioso pode ser a imposição de restrições ao seu funcionamento.

A verdade é que não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação.

Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Embora seja possível identificar a existência de páginas ofensivas a determinadas pessoas, seriam imensuráveis os danos derivados de restrições para impedir a facilitação no acesso aos respectivos *sites*.

Assim, conclui-se que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão.

Da viabilidade de se restringir a exibição de determinado conteúdo

Finalmente, vale analisar a possibilidade de a restrição dirigir-se especificamente a determinado conteúdo, previamente indicado pela vítima, por exemplo, uma certa imagem que julgar ofensiva.

Em primeiro lugar, noto que essa forma de restrição, se cabível, haverá de emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor.

É bem verdade que, em precedentes envolvendo casos análogos – a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por mensagens ofensivas em *sites* de relacionamento social virtual –, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo, de forma genérica, que “ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada”⁶.

Ocorre que, no caso específico dos *sites* de rede social, o próprio provedor disponibiliza um serviço de denúncia contra conteúdo ilícito ou ofensivo, rogando-se, nos termos de uso a que adere cada usuário, o direito de suprimir a respectiva página. Há, portanto, um acordo particular que autoriza o provedor a exercer esse juízo discricionário, circunstância ausente nos *sites* de pesquisa, cuja utilização sequer exige o cadastramento do usuário.

Indispensável, pois, que o pedido de exclusão dos resultados de pesquisa de um texto ou imagem específica seja formulado judicialmente.

A despeito disso, mesmo mediante expressa ordem judicial, seria indispensável que o conteúdo a ser excluído viesse acompanhado da indicação do respectivo URL (sigla que corresponde à expressão *Universal Resource Locator*, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado *site*

6 Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.186.616/MG, 3ª Turma, Rel^{ia} Min^a Nancy Andrighi, DJe de 31.08.2011. No mesmo sentido: REsp 1.193.764/SP, 3ª Turma, Rel^{ia} Min^a Nancy Andrighi, DJe de 08.08.2011.

ou página). A falta de indicação do URL torna a obrigação impossível de ser cumprida, ao menos considerando o estado da técnica atual.

Como visto linhas acima, as inumeráveis páginas que compõem a *web* são regularmente atualizadas, muitas delas em intervalo inferior a uma hora. Além disso, a rede recebe diariamente uma infinidade de páginas novas.

Acrescente-se a isso o fato de que os textos ou imagens podem sofrer pequenas alterações, impedindo sua identificação pelo sistema que, repise-se, possui limitada capacidade de raciocínio e processamento de informações subjetivas.

Essas circunstâncias evidenciam que, sem os URLs, o provedor de pesquisa não consegue controlar com eficiência a omissão de uma determinada imagem ou texto dos resultados da busca virtual, impedindo-o, por conseguinte, de dar pleno cumprimento à ordem judicial.

Diante disso, sem a indicação específica do URL das páginas a serem suprimidas, não há como assegurar a eficácia da medida ao longo do tempo, sujeitando o destinatário do comando judicial às penas cominatórias impostas por descumprimento.

Outrossim, conhecendo os URLs das páginas reputadas ofensivas, a vítima terá como identificar o próprio responsável pela inclusão do conteúdo ilegal, ou pelo menos o provedor utilizado para hospedagem do respectivo *site* que, por sua vez, poderá indicar o IP (sigla que corresponde à expressão *Internet Protocol*, um número *único*, exclusivo, que *individualiza* cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica) do autor do ilícito.

Diante disso, até para assegurar o direito ao devido processo legal e à ampla defesa daquele a quem se imputa a autoria do fato ilícito, caberá ao interessado agir diretamente contra essas pessoas, o que torna absolutamente dispensável a imposição de qualquer obrigação ao provedor de busca, pois, uma vez obtida a supressão da página de conteúdo ofensivo, ela será automaticamente excluída dos resultados de pesquisa.

Em outras palavras, se a vítima identificou o autor do ato ilícito não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, vale repisar, até então se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

Conclui-se, portanto, que preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de vei-

cular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página –, a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição.

Como bem anota José Carlos Barbosa Moreira, somente haverá interesse processual quando a providência jurisdicional, “por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente”⁷⁷.

Dessarte, não haverá nenhum interesse em demandar contra o provedor de pesquisa, pois, munida do URL da página em que inserido o conteúdo dito ofensivo (indispensável para o exercício da ação), poderá a vítima acionar diretamente o autor do ato ilícito, com o que, julgado procedente o pedido e retirada da internet a página, o respectivo conteúdo será automaticamente excluído do resultado das buscas realizadas junto a qualquer provedor de pesquisa.

Verifica-se, assim, ser incabível impor aos provedores de pesquisa a obrigação de eliminar do seu sistema os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que este estiver inserido.

III – CONCLUSÃO

Em suma, pois, tem-se que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que este estiver inserido.

Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos *players* do mundo virtual.

Na análise de Newton De Lucca, “a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais

7 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação declaratória e interesse*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 17.

hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas”⁸.

As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho privado de Internet*. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2012.

BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: RT, 2003.

DE LUCCA, Newton. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74*. São Paulo: RT, 2003.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ação declaratória e interesse*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2004.

8 DE LUCCA, Newton. *Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes*. vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 400.

COOPERATIVAS DE TRABALHO: A LEI 12.690/2012 E O DIREITO DO TRABALHO

Gustavo Filipe Barbosa Garcia*

1 – INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 20.07.2012, dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho e institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho.

Trata-se de diploma legal que teve origem no Projeto de Lei nº 4.622/04, da Câmara dos Deputados (nº 131/08 no Senado Federal), o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional, mas alguns de seus dispositivos foram vetados.

No presente estudo, procura-se analisar as principais consequências do mencionado diploma legal em face do Direito do Trabalho, em especial quanto ao seu instituto nuclear, isto é, a *relação de emprego*.

2 – COOPERATIVAS E TERCEIRIZAÇÃO

Ao se examinar as cooperativas de trabalho, cabe salientar que a Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, já havia acrescentado o parágrafo único ao art. 442 da CLT, assim estabelecendo:

“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

Como se sabe, o dispositivo acima gerou considerável aumento de terceirizações realizadas por meio das cooperativas de trabalho¹.

* Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professor universitário em cursos de graduação e pós-graduação em Direito; procurador do trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região; ex-juiz do trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões; ex-auditor fiscal do trabalho.

1 Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 900.

Entretanto, não se pode confundir cooperativa que fornece mão de obra, e exerce atividade ilícita de intermediação de trabalhadores, com cooperativa de produção. Nessa última, os cooperados trabalham e a cooperativa detém os meios de produção, operando a socialização da propriedade e constituindo forma de autogestão. Trata-se da verdadeira cooperativa de trabalho, abrangida pelo parágrafo único do art. 442 da CLT².

Como esclarece Rodrigo de Lacerda Carelli:

“Existe cooperativa de trabalho legal? A resposta é sim. Desde que não realize fornecimento de trabalhadores para outra empresa, e que constitua uma unidade de produção, cuja organização será realizada conjuntamente pelos trabalhadores por meio da cooperativa. É justamente o caso das famosas e multicitadas espécies de cooperativismo de trabalho legal, como a de médicos, de taxistas e de artesãos, bem como aquelas autogestionárias. Nesses casos, não há intermediação de mão de obra, não há fornecimento de trabalhadores, e sim união de esforços (cooperativismo) para a prestação de serviços por parte da cooperativa para a obtenção de um objetivo comum dos associados, qual seja, a melhoria das condições econômicas por intermédio da melhor organização da sociedade cooperativa. É o velho ditado: ‘se separados não somos ninguém, juntos poderemos ser alguém’.”³

O art. 90 da Lei nº 5.764/71, ao tratar das sociedades cooperativas, já estabelecia que: “Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

Portanto, a Lei nº 8.949/94 apenas explicitou a ausência de relação de emprego entre os “associados” da cooperativa e os tomadores de serviço.

Ainda assim, segundo o princípio da primazia da realidade, inerente ao Direito do Trabalho, somente o verdadeiro cooperado não será considerado empregado⁴.

Caso a cooperativa seja utilizada para encobrir a existência do contrato de trabalho, em fraude à legislação trabalhista, ocorre a nulidade de pleno direito do ato ilícito (art. 9º da CLT)⁵.

2 Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude*. São Paulo: LTr, 2002. p. 13.

3 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Cooperativas de mão-de-obra: manual contra a fraude*, cit., p. 47.

4 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 363-364.

5 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 86: “Não se poderá utilizar da cooperativa para substituir a mão de obra permanente ou interna da empresa, pois seu objetivo é ajudar seus associados. A cooperativa não poderá ser, portanto, intermediadora de mão de obra”.

O verdadeiro cooperado se beneficia de serviços prestados pela cooperativa diretamente a ele (Lei nº 5.764/71, art. 4º, *caput*). Ademais, o cooperativismo autêntico viabiliza a obtenção de vantagens e resultados ao cooperado muito superiores quando comparados à atuação de forma isolada, em razão da ampla estrutura colocada à disposição de cada filiado⁶.

Por isso, a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, prestando serviços sem nenhuma intermediação nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa).

Se a cooperativa, na realidade, tem como objetivo a intermediação de mão de obra, havendo a prestação de serviços de forma subordinada, e não autônoma, em face do tomador, o vínculo de emprego forma-se diretamente com este, por não se tratar de cooperado propriamente⁷.

No entanto, em se tratando de “órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional” que figurem como entes tomadores de serviços, segundo a Súmula nº 331, inciso II, do TST⁸, não há como se reconhecer o vínculo de emprego, em razão da ausência de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II e § 2º, da CRFB/88)⁹.

Ademais, cabe frisar que as cooperativas podem ter empregados (art. 91 da Lei nº 5.764/71). Logo, se os requisitos do vínculo de emprego estiverem presentes em face da própria cooperativa de trabalho, esta será, na realidade, a empregadora, podendo o ente tomador responder, de forma subsidiária, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas, nos termos da Súmula nº 331, incisos IV e V, do TST¹⁰.

6 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 332-335.

7 Cf. LIMA FILHO, Francisco das C. Cooperativas de trabalho e relação de emprego. *Trabalho em Revista: O Trabalho*. Curitiba, Decisório Trabalhista, fascículo nº 45, p. 1.057, nov. 2000.

8 Súmula nº 331 do TST: “II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/88)”.

9 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 128.

10 Súmula nº 331 do TST: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

3 – COOPERATIVAS DE TRABALHO

Mais recentemente, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, que entrou em vigor na data de sua publicação (20.07.2012), conforme o art. 29, passou a dispor sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho, instituiu o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop).

O art. 30 do Projeto de Lei nº 4.622/04, que deu origem ao diploma legal mencionado, previa a revogação do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, o referido art. 30 foi *vetado*.

Segundo as razões do veto, o “dispositivo da CLT que se pretende revogar disciplina a matéria de forma ampla e suficiente, sendo desnecessária regra específica para as cooperativas de trabalho”.

Desse modo, permanece em vigor o mencionado dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 8.949/94.

A cooperativa de trabalho passou a ser regulada pela mencionada Lei nº 12.690/2012 e, no que com ela não colidir, pelas Leis ns. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil (art. 1º).

Entretanto, foram *excluídas* do âmbito da Lei nº 12.690/2012:

I – as *cooperativas de assistência à saúde* na forma da legislação de saúde suplementar;

II – as *cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho*;

III – as *cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos*; e

IV – as *cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento* (art. 1º, parágrafo único).

Cabe questionar se essa exclusão não colide com o princípio da igualdade (material), no sentido de saber se existem fundamentos suficientes, que diferenciem as referidas cooperativas das demais, justificando a disciplina legal diversa (art. 5º, *caput*, da CRFB/88). De todo modo, para as cooperativas indicadas nos incisos I a IV do art. 1º, parágrafo único, são aplicáveis a Lei nº 5.764/71 e o Código Civil (art. 1.093 a 1.096).

Considera-se cooperativa de trabalho “a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho” (art. 2º).

DOCTRINA

Como se nota, na cooperativa de trabalho, a atividade laborativa ou profissional deve ser em proveito comum dos cooperados, bem como exercida de forma *autônoma*, por meio de *autogestão*, com o fim de se obter melhor qualificação e renda, melhor situação socioeconômica e melhoria das condições gerais de trabalho.

Na realidade, como já mencionado, a rigor, para que se trate de cooperativa de trabalho, a atividade laborativa ou profissional, além de dever ser em proveito comum dos cooperados, deve ser exercida de forma autônoma pelo cooperado em si (*autonomia individual*), ainda que por meio de autogestão, com o fim de se obter melhor qualificação e renda, melhor situação socioeconômica e melhoria das condições gerais de trabalho, mas, inclusive, de cada cooperado individualmente, reunido na cooperativa.

A mencionada *autonomia* da atividade laborativa ou profissional deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, mediante a fixação, em Assembleia Geral, das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos da Lei nº 12.690/2012 (art. 2º, § 1º).

Entretanto, pode-se dizer que o dispositivo acima acarreta risco de que essa autonomia, “exercida de forma coletiva e coordenada”, na realidade, dê origem à existência de subordinação interna, dentro da própria cooperativa, desvirtuando a sua essência e os seus fins.

Como demonstrado anteriormente, a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, sem nenhuma intermediação, nem subordinação (seja perante terceiros, seja em face da cooperativa).

Considera-se *autogestão* o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei (art. 2º, § 2º).

Cabe ressaltar, ainda, que a cooperativa de trabalho deve se reger pelos seguintes princípios e valores (art. 3º):

- I – adesão voluntária e livre;
- II – gestão democrática;
- III – participação econômica dos membros;
- IV – autonomia e independência;

DOUTRINA

V – educação, formação e informação;

VI – intercooperação;

VII – interesse pela comunidade;

VIII – preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

IX – não precarização do trabalho;

X – respeito às decisões de assembleia, observado o disposto na Lei de 2012;

XI – participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social.

De acordo com a Lei nº 12.690/2012 (art. 4º), a cooperativa de trabalho, como gênero, pode ser das seguintes espécies:

I – *de produção*, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e

II – *de serviço*, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

O art. 4º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 4.622/04, assim estabelecia: “Considera-se serviço especializado aquele previsto em estatuto social e executado por profissional que demonstre aptidão, habilidade e técnica na sua realização”. Entretanto, esse dispositivo também foi *vetado*.

Conforme as razões do veto, o “dispositivo, tal como redigido, é impreciso, o que poderia causar insegurança quanto à sua abrangência e aplicação”.

Efetivamente, a definição de “serviço especializado”, prevista no Projeto de Lei, era pouco esclarecedora e bem genérica, e poderia dar margem a diversos problemas e questionamentos, inclusive porque a sua redação não fazia menção, ao menos expressa, quanto à proibição da terceirização de atividade-fim do tomador, a qual é vedada pela Súmula nº 331, inciso III, do TST¹¹.

11 Cf. MELO, Raimundo Simão de. Cooperativas de trabalho. *Decisório Trabalhista*. Curitiba, Decisório Trabalhista, v. 27, p. 12, out. 1996: “Como o cooperativismo de trabalho é forma de terceirização, tal só pode ser implementado, quando for o caso, em atividade-meio, conforme jurisprudência cristalizada no Enunciado nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho. Em outras palavras, não se pode admitir cooperativas de trabalho na atividade-fim do tomador dos serviços”.

DOCTRINA

Como se nota, além da *cooperativa de produção*, a Lei nº 12.690/2012 também admite a *cooperativa de serviço*, voltada à prestação de serviços especializados a terceiros, o que indica a possibilidade de terceirização por empresas e entes tomadores.

As fraudes trabalhistas, bem como as terceirizações que acarretam a precarização das relações de trabalho, decorrem, essencialmente, de cooperativas irregulares de serviço, que passam a atuar no lugar das empresas de prestação de serviços, as quais devem registrar os seus empregados.

De todo modo, *a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada* (art. 5º).

Trata-se de importante previsão, mas que já é inerente ao sistema jurídico, justamente em razão do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, de modo que o labor humano jamais pode ser tratado como mercadoria.

A cooperativa de trabalho pode ser constituída com número mínimo de sete sócios (art. 6º).

O art. 7º da Lei nº 12.690/2012 inova, ao passar a garantir aos sócios das cooperativas de trabalho, embora não sendo empregados, certos direitos tipicamente trabalhistas.

Vale dizer, mesmo sendo regular a cooperativa de trabalho, isto é, mesmo não havendo fraude, determinados direitos trabalhistas são assegurados aos cooperados.

Nesse sentido, a cooperativa de trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir:

I – retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário-mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas;

II – duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários;

III – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

IV – repouso anual remunerado;

V – retirada para o trabalho noturno superior à do diurno;

VI – adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas;

VII – seguro de acidente de trabalho.

Não se aplica o disposto nos incisos III e IV acima (repouso semanal remunerado e repouso anual remunerado) nos casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam *eventuais*, salvo decisão da Assembleia Geral em contrário (art. 7º, § 1º).

Com isso, não havendo prestação do labor de forma repetida e automática ao longo do tempo pelo cooperado, deixa de fazer jus ao repouso semanal remunerado (preferencialmente aos domingos) e ao repouso anual remunerado, salvo se a Assembleia Geral decidir que tais direitos devem ser garantidos. Entretanto, o mais adequado seria que tais direitos fossem assegurados, ainda que de forma proporcional, na hipótese em questão (eventualidade das operações entre o sócio e a cooperativa de trabalho).

Em se tratando de cooperativa de trabalho, formada por sócios, cabe aqui questionar se há efetiva coerência quanto à previsão legal, ao estabelecer, aos cooperados autônomos, jornada de trabalho¹².

Há risco, assim, de que, na prática, em especial quanto às cooperativas de prestação de serviço, haja, na realidade, verdadeira relação de emprego, embora não devidamente formalizada, inclusive em face do tomador, principalmente se forem aplicadas as teorias da subordinação estrutural (inserção do trabalhador na estrutura e no objeto social da empresa) e objetiva (não se exigindo a presença de ordens pessoais e diretas pelo empregador).

De todo modo, a cooperativa de trabalho deve buscar meios, inclusive mediante provisionamento de recursos, com base em critérios que devem ser aprovados em Assembleia Geral, para assegurar os direitos previstos nos incisos I, III, IV, V, VI e VII, acima indicados, e outros que a Assembleia Geral venha a instituir (art. 7º, § 2º).

A cooperativa de trabalho, além dos fundos obrigatórios previstos em lei, pode criar, em Assembleia Geral, outros fundos, inclusive rotativos, com recursos destinados a fins específicos, fixando o modo de formação, custeio, aplicação e liquidação (art. 7º, § 3º).

A cooperativa de trabalho constituída nos termos do inciso I do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.690/2012 (isto é, a *cooperativa de produção*) pode, em Assembleia Geral Extraordinária, estabelecer *carência* (isto é, a necessidade

12 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 191: “o cooperado é autônomo, não tem horário de trabalho, não sofre punições, subscreve capital, participa de sobras e de prejuízos, comparece a assembleias” (destaquei).

do preenchimento de certo prazo mínimo de adesão à cooperativa pelo sócio) na fruição dos direitos previstos nos incisos I e VII do *caput* do art. 7º, acima indicados (art. 7º, § 5º).

As atividades identificadas com o objeto social da cooperativa de trabalho prevista no inciso II do *caput* do art. 4º da Lei de 2012, isto é, da *cooperativa de serviço*, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, devem ser submetidas “a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe” (art. 7º, § 6º).

O dispositivo acima, portanto, trata, de forma específica, das cooperativas de serviço, reiterando a autorização de prestação de serviço (especializado) fora do estabelecimento da cooperativa, ou seja, em empresa ou ente tomador. Nesse caso, a Lei nº 12.690/2012 determina que essas atividades de prestação de serviço devem estar submetidas a uma “coordenação”, a ser realizada por um coordenador, ao que tudo indica alguém da própria cooperativa de trabalho, que tenha mandato de um ano (ou ao prazo definido para realizar a atividade de prestação do serviço). Tanto é assim que o referido “coordenador” deve ser eleito em reunião específica pelos sócios que tenham interesse em realizar as atividades de prestação de serviço, na qual também devem ser expostos os requisitos para a realização da atividade, os valores contratados e a retribuição a ser recebida pelo sócio que participar.

Entretanto, há risco de que essa “coordenação”, na realidade, se torne efetiva subordinação do suposto “cooperado” (sócio) ao gestor da cooperativa, acarretando a existência de relação de emprego, tendo em vista o princípio da primazia da realidade.

Pode-se notar, aqui, certa influência da chamada *parassubordinação*, em que o trabalhador presta serviço de forma autônoma, mas mediante colaboração coordenada e contínua perante o ente tomador.

As cooperativas de trabalho devem observar as *normas de saúde e segurança do trabalho* previstas na legislação em vigor, bem como em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes (art. 8º).

O contratante da cooperativa de trabalho prevista no inciso II do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.690/2012, isto é, o *contratante da cooperativa de serviço*, responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança

do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado (art. 9º).

Quanto ao funcionamento, a cooperativa de trabalho pode “adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social” (art. 10).

Nesse aspecto, nota-se que o dispositivo legal, em sua literalidade, parece indicar, de forma ampla, que o objeto social da cooperativa de trabalho pode envolver qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, apenas exigindo a previsão no Estatuto Social.

Entretanto, na prática, há certas atividades que dificilmente seriam compatíveis com a autonomia quanto à forma de prestação de serviço, a qual é exigida para a licitude da cooperativa de trabalho, em especial na cooperativa de serviço. Logo, o dispositivo pode dar margem a fraudes e desvirtuamentos, com terceirização de atividades integrantes do núcleo da atividade da empresa ou ente tomador, por intermédio de supostas cooperativas de trabalho, em prejuízo da devida formalização do vínculo de emprego¹³.

É obrigatório o uso da expressão “Cooperativa de Trabalho” na denominação social da cooperativa (art. 10, § 1º).

O art. 10, § 2º, da Lei nº 12.690/2012, por sua vez, estabelece que a cooperativa de trabalho não pode ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

No caso de cooperativa de serviço, os supostos “sócios” (“cooperados”) não são registrados, não lhes sendo assegurados todos os direitos trabalhistas. Tendo em vista a consequente redução de custos, é possível ocorrer favorecimento e concorrência desleal, em prejuízo das empresas de prestação de serviço, que forem idôneas, e que registram os seus empregados, os quais, assim, passam a ter todos os direitos trabalhistas assegurados.

13 Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Ainda as cooperativas de trabalho! *Trabalho em Revista: O Trabalho*. Curitiba, Decisório Trabalhista, fascículo nº 60, p. 1.424, fev. 2002: “a regra que prevalece em nosso ordenamento, pelo menos por enquanto, isto é, enquanto não se tiver a coragem de revogar, expressamente, todo o aparato constitucional e legal de proteção do trabalhador, é a de que a venda da força de trabalho de forma não eventual, subordinada e remunerada gera a relação de emprego, incidindo sobre ela todos aqueles preceitos, institutos e princípios que compõem o ramo jurídico que se denominou direito do trabalho, que possui, cabe lembrar, a importante função de inibir a exploração humana pelo capital, não se podendo negar tal papel ao direito do trabalho, vez que a realidade de um mundo capitalista sem o direito do trabalho todos conhecemos e, em sã consciência, não desejamos que se repita”.

DOCTRINA

Essa situação, além de poder acarretar a precarização das relações de trabalho, em afronta ao art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pode gerar violação ao princípio da igualdade, em razão do tratamento privilegiado das cooperativas de prestação de serviço, no caso, em licitações públicas.

A admissão de sócios na cooperativa está limitada consoante as possibilidades de reunião, abrangência das operações, controle e prestação de serviços e congruente com o objeto estatuído (art. 10, § 3º).

Para o cumprimento dos seus objetivos sociais, o sócio pode exercer qualquer atividade da cooperativa, conforme deliberado em Assembleia Geral (art. 10, § 4º).

Além da realização da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária para deliberar nos termos dos e sobre os assuntos previstos na Lei nº 5.764/71, e no Estatuto Social, a cooperativa de trabalho deve realizar anualmente, no mínimo, mais uma Assembleia Geral Especial para deliberar, entre outros assuntos especificados no edital de convocação, sobre gestão da cooperativa, disciplina, direitos e deveres dos sócios, planejamento e resultado econômico dos projetos e contratos firmados e organização do trabalho (art. 11).

O destino das sobras líquidas ou o rateio dos prejuízos deve ser decidido em Assembleia Geral Ordinária (art. 11, § 1º).

As cooperativas de trabalho devem estabelecer, em Estatuto Social ou Regimento Interno, incentivos à participação efetiva dos sócios na Assembleia Geral e eventuais sanções em caso de ausências injustificadas (art. 11, § 2º).

O *quorum* mínimo de instalação das Assembleias Gerais será de: I – 2/3 do número de sócios, em primeira convocação; II – metade mais um dos sócios, em segunda convocação; III – 50 sócios ou, no mínimo, 20% do total de sócios, prevalecendo o menor número, em terceira convocação, exigida a presença de, no mínimo, quatro sócios para as cooperativas que possuam até 19 sócios matriculados (art. 11, § 3º).

As decisões das assembleias devem ser consideradas válidas quando contarem com a aprovação da maioria absoluta dos sócios presentes (art. 11, § 4º). Comprovada fraude ou vício nas decisões das assembleias, serão elas nulas de pleno direito, aplicando-se, conforme o caso, a legislação civil e penal (art. 11, § 5º).

A Assembleia Geral Especial de que trata o art. 11, *caput*, da Lei nº 12.690/2012 deve ser realizada no segundo semestre do ano (art. 11, § 6º).

DOUTRINA

A notificação dos sócios para participação das assembleias deve ser pessoal e ocorrer com antecedência mínima de 10 dias de sua realização (art. 12).

Na impossibilidade de notificação pessoal, a notificação deve se dar por via postal, respeitada a antecedência prevista no *caput* do art. 12, isto é, de 10 dias. Na impossibilidade de realização das notificações pessoal e postal, os sócios devem ser notificados mediante edital afixado na sede e em outros locais previstos nos estatutos e publicado em jornal de grande circulação na região da sede da cooperativa ou na região onde ela exerça suas atividades, respeitada a antecedência prevista no *caput* do art. 12, acima indicado (art. 12, §§ 1º e 2º).

É vedado à cooperativa de trabalho distribuir verbas de qualquer natureza entre os sócios, exceto a retirada devida em razão do exercício de sua atividade como sócio ou retribuição por conta de reembolso de despesas comprovadamente realizadas em proveito da cooperativa (art. 13).

A cooperativa de trabalho deve deliberar, anualmente, na Assembleia Geral Ordinária, sobre a adoção ou não de diferentes faixas de retirada dos sócios (art. 14). No caso de fixação de faixas de retirada, a diferença entre as de maior e as de menor valor deve ser fixada na Assembleia (art. 14, parágrafo único).

De todo modo, pode-se dizer que a eventual deliberação relativa à adoção de diferentes faixas de retirada de sócios deve ser objeto de justificado e lógico fundamento.

O Conselho de Administração deve ser composto por, no mínimo, três sócios, eleitos pela Assembleia Geral, para um prazo de gestão não superior a quatro anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 do colegiado, ressalvada a hipótese do art. 16 da Lei nº 12.690/2012 (art. 15).

Essa obrigatoriedade de renovação quanto à composição do Conselho de Administração é essencial para a preservação dos princípios e valores do cooperativismo, em especial a gestão democrática (art. 3º, inciso II, da Lei nº 12.690/2012). Sendo assim, há risco de que a ressalva prevista na parte final do art. 15, na prática, dê margem a desvirtuamentos, com a “perpetuação” de lideranças na gestão da cooperativa, em prejuízo de sua autonomia e independência (art. 3º, inciso IV, da Lei nº 12.690/2012).

A cooperativa de trabalho constituída por até 19 sócios pode estabelecer, em Estatuto Social, composição para o Conselho de Administração e para o

Conselho Fiscal distinta da prevista na Lei nº 12.690/2012 e no art. 56 da Lei nº 5.764/1971¹⁴, assegurados, no mínimo, três conselheiros fiscais (art. 16).

Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de sua competência, a fiscalização do cumprimento do disposto na Lei nº 12.690/2012 (art. 17).

A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$ 500,00 por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (art. 17, § 1º).

Presumir-se-á intermediação de mão de obra subordinada a relação contratual estabelecida entre a empresa contratante e as cooperativas de trabalho que não cumprirem o disposto no § 6º do art. 7º da mencionada Lei (art. 17, § 2º).

Como já estudado, as atividades identificadas com o objeto social da cooperativa de trabalho prevista no inciso II do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.690/2012 (isto é, *cooperativa de serviço*), quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, devem ser submetidas a uma “coordenação com mandato nunca superior a um ano” (ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades), eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio participe.

Se essa determinação do art. 7º, § 6º, da Lei nº 12.690/2012 não for observada, presume-se que se trata de intermediação de mão de obra subordinada, formando-se o vínculo de emprego diretamente em face da empresa ou ente contratante (tomador).

As penalidades devem ser aplicadas pela autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o estabelecido no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 17, § 3º).

A constituição ou utilização de cooperativa de trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto na Lei de 2012 acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da cooperativa (art. 18).

14 “Art. 56. A administração da sociedade será fiscalizada, assídua e minuciosamente, por um Conselho Fiscal, constituído de 3 (três) membros efetivos e 3 (três) suplentes, todos associados eleitos anualmente pela Assembleia Geral, sendo permitida apenas a reeleição de 1/3 (um terço) dos seus componentes. § 1º Não podem fazer parte do Conselho Fiscal, além dos inelegíveis enumerados no art. 51, os parentes dos diretores até o 2º (segundo) grau, em linha reta ou colateral, bem como os parentes entre si até esse grau. § 2º O associado não pode exercer cumulativamente cargos nos órgãos de administração e de fiscalização”.

DOUTRINA

O art. 18, § 1º, do Projeto de Lei foi *vetado*, e previa que a “constatação da fraude e as sanções previstas no *caput* deste artigo serão apuradas por meio de ações judiciais autônomas propostas para esse fim”.

Segundo as razões do veto: “A necessidade de ação judicial autônoma para apuração de fraudes exclui a atuação administrativa na fiscalização do trabalho, desrespeitando o art. 21, inciso XXIV, da Constituição”.

Fica inelegível para qualquer cargo em cooperativa de trabalho, pelo período de até cinco anos, contado a partir da sentença transitada em julgado, o sócio, dirigente ou o administrador condenado pela prática das fraudes elencadas no *caput* deste artigo (art. 18, § 2º).

4 – PROGRAMA NACIONAL DE FOMENTO ÀS COOPERATIVAS DE TRABALHO

A Lei nº 12.690/2012, no art. 19, institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop), com a finalidade de promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social da cooperativa de trabalho.

O referido Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop) tem como finalidade apoiar (art. 19, parágrafo único):

I – a produção de diagnóstico e plano de desenvolvimento institucional para as cooperativas de trabalho dele participantes;

II – a realização de acompanhamento técnico visando ao fortalecimento financeiro, de gestão, de organização do processo produtivo ou de trabalho, bem como à qualificação dos recursos humanos;

III – a viabilização de linhas de crédito;

IV – o acesso a mercados e à comercialização da produção;

V – o fortalecimento institucional, a educação cooperativista e a constituição de cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas;

VI – outras ações que venham a ser definidas por seu Comitê Gestor no cumprimento da finalidade estabelecida no *caput* do art. 19 acima, isto é, promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social da cooperativa de trabalho.

A Lei nº 12.690/2012, no art. 20, cria o Comitê Gestor do Pronacoop, com as seguintes atribuições:

DOCTRINA

- I – acompanhar a implementação das ações previstas na Lei de 2012;
- II – estabelecer as diretrizes e metas para o Pronacoop;
- III – definir as normas operacionais para o Pronacoop;
- IV – propor o orçamento anual do Pronacoop.

O Comitê Gestor deve ter composição paritária entre o governo e entidades representativas do cooperativismo de trabalho. O número de membros, a organização e o funcionamento do Comitê Gestor devem ser estabelecidos em regulamento (art. 20, §§ 1º e 2º).

O Ministério do Trabalho e Emprego pode celebrar convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos que objetivem a cooperação técnico-científica com órgãos do setor público e entidades privadas sem fins lucrativos, no âmbito do Pronacoop (art. 21).

As despesas decorrentes da implementação do Pronacoop devem correr à conta das dotações orçamentárias consignadas anualmente ao Ministério do Trabalho e Emprego (art. 22).

Os recursos destinados às linhas de crédito do Pronacoop devem ser provenientes: I – do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); II – de recursos orçamentários da União; e III – de outros recursos que venham a ser alocados pelo poder público (art. 23).

O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat) definirá as diretrizes para a aplicação, no âmbito do Pronacoop, dos recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (art. 23, parágrafo único).

As instituições financeiras autorizadas a operar com os recursos do Pronacoop poderão realizar operações de crédito destinadas a empreendimentos inscritos no Programa sem a exigência de garantias reais, que poderão ser substituídas por garantias alternativas, observadas as condições estabelecidas em regulamento (art. 24).

A Lei nº 12.690/2012, no art. 26, institui a Relação Anual de Informações das Cooperativas de Trabalho (RAICT), a ser preenchida pelas Cooperativas de Trabalho, anualmente, com informações relativas ao ano-base anterior.

Cabe ao Poder Executivo regulamentar o modelo de formulário da RAICT, os critérios para entrega das informações e as responsabilidades institucionais sobre a coleta, processamento, acesso e divulgação das informações (art. 26, parágrafo único).

A cooperativa de trabalho constituída antes da vigência da Lei nº 12.690/2012 terá prazo de *12 meses*, contado de sua publicação, para adequar seus estatutos às disposições nela previstas (art. 27).

A cooperativa de trabalho mencionada no inciso II do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.690/2012 (*cooperativa de serviço*), constituída antes da vigência da Lei (art. 23), terá prazo de 12 meses, contado de sua publicação (20.07.2012), para assegurar aos sócios as garantias previstas nos incisos I, IV, V, VI e VII do *caput* do art. 7º da Lei nº 12.690 (isto é: retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário-mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; repouso anual remunerado; retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; seguro de acidente de trabalho), conforme deliberado em Assembleia Geral (art. 28).

5 – CONCLUSÃO

Na realidade, pode-se dizer que o legislador deveria, em sintonia com os princípios e mandamentos constitucionais (art. 7º), fomentar a formalização da *relação de emprego*, a qual constitui o *núcleo do Direito do Trabalho*, considerado verdadeira conquista histórica, essencial à humanidade, ao tornar possível a melhoria das condições sociais e a preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador, bem como o ramo do Direito apto a tornar viável a própria manutenção do sistema capitalista, com o necessário respeito dos direitos fundamentais e sociais.

Não obstante, apesar de constar, *formalmente*, no art. 4º, incisos VIII e IX, que a cooperativa de trabalho rege-se pelos princípios e valores da “preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre-iniciativa” e da “não precarização do trabalho”, o que se nota é o forte incentivo, pela lei, de formas precárias de trabalho humano, uma vez que *sem a garantia plena de todos os direitos inerentes à relação de emprego*, com o fomento e a abertura para a ampla e intensa prestação de serviços por cooperativas de trabalho, sem indicar, de forma clara e adequada, o que são serviços especializados, nem vedar, de forma expressa, a terceirização de atividade-fim, autorizando, ademais, que as cooperativas de trabalho adotem qualquer objeto social (art. 10).

Isso certamente acarretará o aumento substancial de relações triangulares de trabalho, mas sem a formalização de vínculo de emprego, por se tratar de prestação de serviços por cooperativas de trabalho, inclusive mediante a “coordenação” dos supostos “sócios” (cooperados) por um gestor que, embora eleito

DOCTRINA

(art. 7º, § 6º), na prática, pode significar a existência de subordinação (inclusive em sua atual vertente estrutural) e o exercício do poder de direção, inerentes ao contrato de emprego. O resultado, com isso, pode ser o retrocesso social, em prejuízo das garantias constitucionais do trabalho digno e da efetividade dos direitos sociais e fundamentais trabalhistas.

Surpreendentemente, a própria Lei, portanto, estaria a indicar o caminho para a não incidência do Direito do Trabalho, passando a adotar a suposta diferença entre trabalhadores subordinados (empregados) e trabalhadores autônomos “coordenados” (cooperados), algo que, na prática, nem sempre será possível distinguir com clareza.

Além da consequente insegurança jurídica e da mencionada precarização, corre-se o risco de se criar uma cisão dentro da própria classe trabalhadora, opondo trabalhadores autônomos “coordenados” (cooperados), titulares de alguns poucos direitos, e empregados (subordinados).

A relação de emprego, como núcleo do Direito do Trabalho, com isso, seria atingida, com possíveis consequências também quanto ao enfraquecimento da consciência de classe e da organização coletiva dos trabalhadores.

De forma crítica, o atento exame da Lei nº 12.690/2012 revela que, apesar de certos dispositivos adequados (como o art. 5º, que proíbe a utilização da cooperativa de trabalho para intermediação de mão de obra subordinada), tudo indica ter havido a aplicação de teorias como a da “parassubordinação” (envolvendo o trabalhador autônomo “coordenado”, “economicamente dependente”), *mas por meio de cooperativa de prestação serviço* (art. 7º, § 6º), *que pode ser de qualquer gênero* (art. 10, *caput*), *sendo a suposta autonomia do sócio cooperado definida de forma coletiva, em Assembleia Geral* (art. 2º, § 1º), afastando-se do verdadeiro conceito de autonomia, no sentido de exercício do trabalho de modo independente e por conta própria.

Por fim, tendo em vista a atualidade do tema, cabe acompanhar a evolução da doutrina e da jurisprudência a seu respeito.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA O COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: A CONTRIBUIÇÃO DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO PROCESSO TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117

José Claudio Monteiro de Brito Filho*

1 – GENERALIDADES

Uma das grandes dificuldades para a correta definição do trabalho em condições análogas à de escravo, ou, como é mais conhecido, o trabalho escravo, sempre foi a identificação da dignidade da pessoa humana como o principal bem jurídico tutelado pelo art. 149 do Código Penal brasileiro, ou, em outras palavras, como o principal fundamento para a repressão a essa prática.

Em verdade, ainda que a doutrina, como será visto adiante, já caminhasse para esse entendimento, faltava o necessário reforço do último intérprete, o Poder Judiciário, para poder sedimentar essa ideia, indispensável para uma compreensão mais uniforme do ilícito, penal e trabalhista, de sujeitar o ser humano a uma condição que se assemelha à escravidão.

Penso que esse reforço, agora, pode ser encontrado em decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Processo nº TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117, como tentarei demonstrar mais ao sul.

Antes, porém, devo fazer um panorama da discussão, com o objetivo de trazer uma ideia abrangente do objeto da discussão.

* *Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; professor titular da Universidade da Amazônia; professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará; procurador regional do trabalho aposentado; professor associado II da Universidade Federal do Pará aposentado.*

2 – COMPREENDENDO O TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

O combate ao trabalho escravo ganhou expressão a partir da edição da Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, que alterou profundamente o art. 149 do Código Penal brasileiro.

Não que, antes, não tenha havido iniciativas a respeito. Na verdade, desde a última década do século passado, antes da alteração, portanto, o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, por seus agentes, já combatiam essa prática, primeiro de forma pontual, por meio de iniciativas esparsas, e depois de forma coordenada, com estruturas específicas para essa atuação, tendo o último obtido razoável sucesso em suas iniciativas perante a Justiça do Trabalho.

A repressão era, todavia, em parte prejudicada pelo fato de a redação lacônica do art. 149 do Código Penal brasileiro¹ ter motivado, embora não corretamente, o entendimento de que, para haver o trabalho em condições análogas à de escravo, deveria estar presente uma explícita violação da liberdade.

Isso fazia com que diversas práticas dos tomadores de serviços fossem entendidas como graves violações aos direitos dos trabalhadores, mas não como se houvesse a redução destes à condição semelhante à de escravo².

Alterado o art. 149 do Código Penal, todavia, pela Lei acima indicada, passou o dispositivo a ter a seguinte redação:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

-
- 1 Esse artigo dispunha, na redação vigente à época, o seguinte: “Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.
 - 2 Eu mesmo, como Procurador do Trabalho, no período de 1994 a 1997, ajuiizei diversas ações civis públicas perante as então juntas de conciliação e julgamento localizadas no sul e no sudeste do Pará, a partir de inspeções realizadas por integrantes da Delegacia Regional do Trabalho do Estado do Pará que constataavam as péssimas condições impostas aos trabalhadores, até nas fazendas de propriedade da ré no processo que mais adiante vou discutir, e não relacionava, na inicial, essas graves irregularidades ao trabalho escravo.

DOUTRINA

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

Assim, o que era tipo penal apresentado de forma sintética passou a ser definido analiticamente, com as condutas aptas a caracterizar o ilícito penal agora expressamente definidas.

Isso não quer dizer, no entanto, que a aplicação da Lei Penal tornou-se mais simples. Pelo contrário, a riqueza do dispositivo, com sete modos de execução, passou a exigir um esforço do intérprete e da doutrina para a perfeita definição do tipo penal, não havendo ainda uma uniformidade que permita uma atuação segura dos atores envolvidos com o mundo do trabalho, nem dos responsáveis pelas discussões a respeito no âmbito do Poder Judiciário.

Como já discuti em textos anteriores³, essa dificuldade de caracterização tem conduzido os intérpretes, especialmente os membros do Poder Judiciário, tanto na Justiça Federal como na Justiça do Trabalho, a considerar, ou não, como trabalho escravo as práticas mais diversas.

É o que se verifica na situação relatada no Processo nº RO 01263-2007-048-03-00-4, julgado pela 4ª Turma do TRT da 3ª Região, em 29 de julho de

3 Por exemplo, em: Escravidão contemporânea: o Ministério Público do Trabalho e o combate à escravidão. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 272-288; Jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho: caracterização. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). *Direito penal e democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 259-273; Trabalho escravo – restrição de locomoção por dívida contraída: caracterização jurídica. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Org.). *Contemporaneidade e trabalho – aspectos materiais e processuais: estudos em homenagem aos 30 anos da AMATRA 8*. São Paulo: LTr, 2011. p. 200-212; Trabalho escravo: elementos para a caracterização jurídica. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; SANT’ANA Jr., Horácio Antunes de (Org.). *Trabalho escravo contemporâneo: um debate transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011. p. 241-250); e em Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento: a dignidade da pessoa humana. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (Org.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 121-133).

2009 (publicação em 10 de agosto de 2009), sob a Relatoria do Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, na parte da ementa do acórdão que é transcrita, quando a Justiça do Trabalho considera que o trabalho ocorreu em condições degradantes, enquanto, na esfera da intervenção penal, o que se observou foi o arquivamento do inquérito policial:

“(…) Tanto sob a ótica objetiva quanto sob o prisma subjetivo, o pronunciamento a respeito da configuração do trabalho degradante e das suas consequências jurídico-trabalhistas sobre a dignidade da pessoa humana é da Justiça do Trabalho, ramo integrante da Justiça Federal e especializada na conciliação, na instrução e no julgamento das controvérsias decorrentes da relação de trabalho. De qualquer maneira, as jurisdições penal e trabalhista são autônomas, independentes e harmônicas, integrantes que são do Poder Judiciário da União, cuja estrutura organizacional se define por conveniência administrativo-funcional. O Direito Penal, formado e conformado por princípios, normas e institutos próprios, dogmática e axiologicamente ponderados pelo legislador e por seus intérpretes, lida, em última análise e em essência, com a liberdade do homem (*status libertatis* do indivíduo), ao passo que o Direito do Trabalho, formado e conformado por princípios, normas e institutos próprios, lida, em superfície e em profundidade, com o trabalho digno do homem livre. Ademais, duas advertências: a) ‘tudo que se exprime pela linguagem é domínio do pensamento’ (Aristóteles, *Arte Poética*); b) ‘as definições descritivas tendem para a totalidade, enquanto as inscricivas tendem para a parcialidade’ (João Batista Villela, *Apontamentos sobre a Cláusula “... ou Devia Saber”*). Logo, não se pode pretender a absolvição trabalhista simplesmente porque o inquérito policial foi arquivado por atipicidade dos fatos investigados. O tipo penal encerra torneamento rígido, fechado hermeticamente sobre si próprio (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), não tolerando o seu branco nenhuma impureza, tendo em vista a natureza do *jus puniendi* do Estado. A questão referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais do trabalhador possui outros contornos, específicos e especiais, por isso que seu espectro jurídico se irradia em direção às condições dignas do trabalhador, estando a competência em torno desta questão sob a égide da Justiça do Trabalho, que possui autonomia para atribuir aos fatos, devidamente apurados em ação trabalhista, as consequências justas que entender pertinentes, à luz do princípio do livre convencimento fundamentado, maior de todas as garantias do magistrado e do jurisdicionado. Se os trabalhadores, recrutados, arrematados, angariados ou pré-contratados, pouco importando a questão

semântica, já que não se trata de tipificação penal, para prestar serviços na colheita de cana, morando em alojamentos precários, com quartos, refeitórios e banheiros inadequados, em frentes de trabalho sem água potável e banheiro apropriado, ferindo a dignidade da pessoa humana, esses fatos não podem passar ao largo da percepção do juízo trabalhista, direta e imediatamente envolvido com os direitos sociais fundamentais, que não podem ser meras promessas, sonhos e fantasias para humildes trabalhadores, que prestam serviço exaustivo, no campo, realizando a colheita de cana, para a sustentação do programa de biocombustível.”

Não obstante concorde com a conclusão do acórdão, e por isso opte por ela, não há como não reconhecer que duas interpretações do mesmo fato geram insegurança e, no caso da não caracterização, como aconteceu na esfera penal, conforme está narrado, às vezes, impunidade.

Não se justifica, mesmo que se leve em consideração que, na esfera penal, a leitura seja feita a partir da conduta do agente e, na trabalhista, a análise ocorra a partir dos efeitos da ação em relação aos trabalhadores. É que o tipo é um só – descrito em norma penal, mas com efeitos que transcendem a esfera criminal –, e não pode ser caracterizado em separado, tanto para quem utiliza o trabalho humano, como para quem reprime a conduta descrita no art. 149 do Código Penal, em qualquer esfera.

Tenho proposto para, senão eliminar, pelo menos reduzir essas duas possibilidades: insegurança e/ou impunidade, que a caracterização leve em consideração quatro premissas, que devem ser observadas na análise do tipo, qualquer que seja o modo de execução.

A primeira premissa diz respeito à necessidade de fixar o correto elemento histórico para comparação. Nesse aspecto, defendo que a opção deve ser pelo plágio romano como, aliás, constou da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (§ 6º do item 51), assinada em 4 de novembro de 1940, na qual constou:

“No art. 149, é prevista uma entidade ignorada do Código Vigente: o fato de reduzir alguém, por qualquer meio, à condição análoga à de escravo, isto é, suprimir-lhe, de fato, o *status libertatis*, sujeitando o agente ao seu completo e discricionário poder. É o crime que os antigos chamavam *plagium*. Não é desconhecida a sua prática entre nós, notadamente em certos pontos remotos de nosso *hinterland*.”

A respeito do plágio, ensina Pierangeli que “A palavra *plagium*, etimologicamente, vem do verbo *plagiare*, que na Roma antiga significava a compra

de um homem livre sabendo que o era, e retê-lo em servidão ou utilizá-lo como próprio servo”⁴.

Não é na prática da escravidão legalizada no Brasil, então, que se devem buscar elementos para caracterizar o trabalho escravo atual, mas na antiguidade, quando era crime reduzir um homem livre à condição semelhante à de escravo.

Isso porque é preciso de uma vez por todas compreender que, embora ambas as práticas sejam completamente reprováveis, a escravidão legalizada no Brasil, primeiro dos indígenas e dos negros, e depois somente dos negros, porque consentida pelo Direito, dirigia-se a pessoas humanas, mas que não eram livres, sendo consideradas como bens, o que é distinto do momento atual, em que o Direito reprova a conduta, que é projetada, ao arrepio do ordenamento jurídico, contra seres humanos livres, à semelhança do plágio, na Roma Antiga.

Manter uma comparação de situações distintas, embora com resultados similares, é fonte de confusão e pode sugerir a busca de uma tipicidade na conduta que dificilmente será encontrada, como a da “venda” dos trabalhadores ou algo assemelhado.

De qualquer sorte, caso pretenda o intérprete buscar um elemento histórico de comparação mais recente, e mais próximo, poderá até fazer a análise a partir de experiências históricas semelhantes à atual, e que ocorreram no Brasil, como a vivenciada nas fazendas do café, em São Paulo, ou nos seringais, na Amazônia, pois nelas é possível, à semelhança do trabalho escravo dos dias atuais, identificar a exploração extrema de seres humanos juridicamente, embora não faticamente, livres.

Tenho preferido fazer a comparação, todavia, diretamente com o plágio romano, pela generalidade deste, a qual permite abarcar, por esse motivo, todas as situações que hoje configuram o trabalho escravo, ao contrário das experiências históricas brasileiras retroindicadas, que enquadrariam somente alguns dos modos atuais de execução do tipo penal, especialmente a restrição de locomoção por dívida contraída, embora venha me inclinando a tentar fazer a comparação com a situação dos seringais, em que as práticas exploratórias eram mais amplas⁵.

4 PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. v. 2: parte especial. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 156.

5 Para compreender as práticas utilizadas nas fazendas de café e nos seringais pode ser lido texto denominado *A dívida que escraviza*, de Neide Esterici (In: *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo*. Goiânia: Comissão Pastoral da Terra; São Paulo: Loyola, 1999. p. 101-125).

A segunda premissa tem relação com o(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s), discussão que será objeto de análise em separado no subitem 2.1.

Já a terceira premissa está ligada ao fato, já mencionado, de que o tipo do art. 149 do Código Penal agora é definido de forma analítica, em que os modos de execução são expressamente indicados, e na forma de um tipo fechado.

Por esse motivo, os modos de execução são limitados – o ilícito penal só é praticado se um dos modos pelos quais ele pode ocorrer for caracterizado –, estando divididos em duas espécies.

De um lado, os modos que caracterizam o trabalho escravo típico, previstos no art. 149, *caput*, do Código Penal brasileiro, e que são: (1) trabalho forçado ou em (2) jornada exaustiva; (3) trabalho em condições degradantes; e (4) trabalho com restrição de locomoção, em razão de dívida contraída.

De outro, o que se pode denominar de trabalho escravo por equiparação, com modos previstos no § 2º do mesmo dispositivo legal: retenção no local de trabalho, (1) por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte; (2) por manutenção de vigilância ostensiva; ou (3) por retenção de documentos ou objetos de uso pessoal do trabalhador.

É que o abandono da descrição sintética contida no art. 149, que caracterizava a versão anterior à Lei nº 10.803/03, trouxe consigo, ao lado da possibilidade de uma caracterização mais precisa, o fato de que os modos são definidos de forma exaustiva, ou seja, o que não puder ser definido dentro dos quatro modos de execução do trabalho escravo típico, ou dos três modos de execução do trabalho escravo por equiparação, não pode ser tipificado como trabalho escravo.

A esse respeito, para Bitencourt⁶, “agora há limitação estrita aos modos de execução, que estão vinculados”, o que produz “uma *abolitio criminis* em relação a todo e qualquer outro modo ou forma de conduta que não seja abrangido pela relação *numerus clausus* da nova definição legal”.

Creio que essa limitação, que de fato existe agora, é o preço a pagar pela inovação que veio com a lei que alterou o art. 149, e que foi importante, pois definiu de forma concreta os modos de execução, ou hipóteses em que ocorre o trabalho escravo, permitindo o combate efetivo a uma prática antiga, mas que, por conta da imprecisão do dispositivo na versão anterior, não era convenientemente reprimida.

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 406.

Por derradeiro, a quarta premissa é a agora obrigatória existência de uma relação de trabalho. Tem sido uma unanimidade entre os penalistas, por exemplo, Nucci⁷, Bitencourt⁸ e Greco⁹, que o tipo do art. 149 do Código Penal só se pode verificar se entre os sujeitos ativo e passivo do delito houver uma relação de trabalho, sendo esta a última questão a observar para a tipificação, tanto no plano criminal como trabalhista.

Outras hipóteses de exploração extrema do ser humano, então, não obstante sejam reprováveis, não devem ser caracterizadas como ilícito penal a partir do art. 149 do Código Penal, mas sim a partir dos tipos previstos especificamente para a repressão de tais práticas.

2.1 – Os bens jurídicos tutelados pelo art. 149 do Código Penal brasileiro: a proteção da dignidade humana como principal fundamento para o combate ao trabalho em condições análogas à de escravo

Embora de forma incorreta, como já podia ser depreendido desde a Exposição de Motivos da Parte especial do Código Penal, acima aludida, até a alteração do art. 149 pela Lei nº 10.803/03, havia razoável consenso de que o bem jurídico penal, ou seja, o bem protegido pelo Direito Penal, no caso da redução da pessoa à condição análoga à de escravo, era a liberdade.

Agora, não há mais dúvidas possíveis a respeito do fato de que a liberdade divide, especialmente com o bem maior, que é a dignidade da pessoa humana, a condição de bem protegido pela disposição legal.

Para compreender isso, a primeira providência a adotar é a de fazer algumas considerações a respeito do tipo penal. Nesse sentido, a primeira tarefa é apresentar panorama geral a respeito do art. 149 do Código Penal.

Situando topograficamente o art. 149 no Código Penal, esse dispositivo está inserto na Parte Especial, que trata dos crimes em espécie, no Título I, relativo aos crimes contra a pessoa. Nesse Título, situa-se no Capítulo VI – dos crimes contra a liberdade individual, na Seção I, que trata dos crimes contra a liberdade pessoal, e que reúne, além da redução de alguém à condição análoga à de escravo, os crimes de constrangimento ilegal e de sequestro e cárcere privado.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 690.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.

9 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte especial. v. 2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 545.

Essa localização é importante para que se comece a discutir quais os bens jurídicos principalmente protegidos, e contra os quais se atenta, no caso da redução do trabalhador à condição análoga à de escravo.

Uma leitura superficial daria a impressão de que o bem maior é a liberdade do indivíduo e, cumpre repetir, até a alteração do art. 149 do CP pela Lei nº 10.803/03, essa era a concepção dominante, para não dizer pacífica.

Ocorre que a alteração feita não deixa dúvidas de que não há o crime de redução à condição análoga à de escravo somente quando a liberdade da pessoa é, diretamente, estritamente, suprimida. Pelo contrário, há hipóteses em que não se discute de forma direta – talvez se deva dizer, de forma principal – a supressão da liberdade do ser humano, como na jornada exaustiva e nas condições degradantes de trabalho, pois há bem maior a proteger, nesses casos, que a liberdade.

Não que a liberdade não seja considerada, também nessas hipóteses, e é assim que devemos ler, por exemplo, os ensinamentos de Capez, que afirma: “Protege a lei penal, aqui, o *status libertatis*, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações”¹⁰.

Não é só ela, todavia, que está em discussão, como bem entende Rogério Greco. Esse autor, após indicar que o bem juridicamente protegido é a liberdade da vítima, ensina que, quando a lei penal refere-se a condições degradantes de trabalho, existem outros bens juridicamente protegidos: “a vida, a saúde, bem como a segurança do trabalhador, além de sua liberdade”¹¹.

Ainda assim, a proteção da liberdade está presente sempre, de forma ampla, pois o tipo penal exige, para sua caracterização, a partir de quaisquer das condutas nele descritas, uma relação de sujeição que, direta ou indiretamente, atinge, fere, a liberdade da pessoa.

De qualquer sorte, como defende Bitencourt, a conduta descrita no tipo penal “fere, acima de tudo, o *princípio da dignidade humana*, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em *res*, no sentido concebido pelos romanos”¹².

É o que tenho defendido, desde algum tempo, no sentido de que a alteração do art. 149 do Código Penal produziu mudança significativa a respeito do

10 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, 2: parte especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 345.

11 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. v. 2. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 545.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 398.

bem jurídico principalmente protegido, que passou da liberdade para o atributo maior do homem, que é a sua dignidade¹³, na versão contemporânea, e que é baseada na visão e fundamentação que lhe emprestou Kant¹⁴.

A esse respeito, para Kant, como explica Rabenhorst, no reino das finalidades humanas tudo ou tem preço ou dignidade. No primeiro caso, o que tem preço pode ser comparado ou trocado; já no caso da dignidade, ela funciona como atributo do que não pode sê-lo, ou seja, o que tem dignidade não é passível de substituição ou comparação. Como o ser humano, ser racional e dotado de autonomia, revela-se o único capaz de fazer, conscientemente, suas escolhas, ele é considerado como o único, também, que é portador de dignidade. Não pode o ser humano, então, em nenhuma circunstância, ser considerado senão como um fim em si mesmo. Continua Rabenhorst afirmando que, “Na perspectiva Kantiana, a dignidade humana se funda, portanto, no lugar que o homem ocupa na escala dos seres”¹⁵.

Kant, a propósito, fazendo uma divisão entre os seres, em reino ideal por ele concebido, e que denomina “reino dos fins”, afirma:

“No reino dos fins tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.”¹⁶

A dignidade, dessa feita, deve ser considerada como atributo do ser humano, algo que dele faz parte e, portanto, o faz merecedor de um mínimo de direitos, e é ela que, principalmente, é violada quando tipificado o crime de redução à condição análoga à de escravo, pois o que ocorre é o não respeito a esse atributo do ser humano, que é tratado como coisa, qualquer que seja o modo de execução, com a negação de sua dignidade e, por consequência, de sua condição de ser humano.

13 Não vou entrar aqui na discussão a respeito de ser a dignidade um bem que independe, para seu reconhecimento, do Direito. O que quero enfatizar aqui é que a dignidade é um bem reconhecido pelo Direito, como, por exemplo, do art. 1º, III, da Constituição da República, que a elege como um dos fundamentos da República.

14 Não obstante se possa observar a influência Kantiana em autores diversos, e que constituem figuras de expressão na Filosofia e na Teoria do Direito, como Habermas e Dworkin, Kant sempre é alvo de constantes críticas. Uma delas diz respeito ao fato de não ter apresentado uma definição concreta de dignidade. A esse respeito é possível – e de forma singela, pois é o que comporta este ensaio – dizer que Kant estabeleceu o parâmetro necessário para a compreensão da dignidade, ao distingui-la de preço, além de ter fixado fundamento também concreto para esse atributo do ser humano: a razão.

15 RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 34.

16 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2003. p. 77.

Note-se que essa conclusão já podia ser encontrada antes da alteração do art. 149, quando o tipo penal era apresentado de forma lacônica. É que não se pode considerar que alguém seja reduzido à condição análoga à de escravo somente quando ocorre, na forma tradicional que se conhece, a perda de sua liberdade, pois, para que o crime se tipifique, o que importa e basta é que a relação de prestação de serviços entre os sujeitos ativo e passivo seja de tal ordem que o primeiro passe a ter domínio sobre o segundo, de forma que a vontade do segundo seja anulada, ou porque a vontade do segundo foi anulada.

Como diz Bitencourt, “a liberdade protegida pelo art. 149 não se limita à autolocomoção, mas principalmente procura impedir o estado de sujeição da vítima ao pleno domínio de alguém”¹⁷, pouco importando os modos de execução que, como também ensina o autor citado, “são os mais variados possíveis”¹⁸.

Isso seguramente não está distante da concepção que se deve ter do delito de plágio, como também se denomina o tipo do art. 149 do Código Penal, e, por isso, motiva a primeira premissa para a caracterização do ilícito, como indicado antes.

Essa conclusão, todavia, não pode ficar somente para a doutrina. Pelo contrário, é preciso que seja ela incorporada às decisões judiciais, de forma explícita, para emprestar força à atuação repressiva que é desenvolvida na esfera extrajudicial, e que é feita considerando, exatamente, essa ampliação em relação aos bens jurídicos tutelados pelo art. 149 do Código Penal brasileiro.

E ela foi, na esfera judicial trabalhista, em 2010, em decisão que deve ser tida como paradigma para a questão, como será visto no item seguinte.

3 – A DECISÃO DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO PROCESSO Nº TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117

Deve ser iniciado este item rememorando a trajetória do processo.

Em 2003 foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho na 8ª Região, distribuída à 2ª Vara do Trabalho de Marabá, com o feito tomando número 01780-2003-117-08-00-2. Instruída a ação, foi proferida sentença pelo Juiz Titular da Vara, em 13 de maio de 2005, com a seguinte conclusão, na parte em que interessa para a discussão:

“*EM SEDE DE TUTELA DEFINITIVA: CONFIRMO OS EFEITOS DA LIMINAR ACIMA CONCEDIDA E DECIDO AS DEMAIS*

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.

18 *Idem*.

QUESTÕES SUSCITADAS PELAS PARTES COMO A SEGUIR: Impossibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido: REJEITADA; Impugnação do valor da causa: REJEITADA; ‘Equívocos e distorções contidas na inicial e aditamento’. Valor do pedido pleiteado pelo MPT. Má-fé do MPT: REJEITADAS; DEFIRO AINDA O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER, *CONDENANDO OS RÉUS, SOLIDARIAMENTE*, na forma do art. 46, I e II; art. 47, ambos do CPC c/c os arts. 3º e 11 da Lei nº 7.347/85, nas seguintes obrigações: a) absterem-se de proceder a descontos nos salários de seus empregados, a título de alimentação, em percentual superior a 25% dos mesmos (art. 9º, b, § 1º, da Lei nº 5.889/70), de forma a configurar situação de endividamento do trabalhador; b) não mais admitir ou manter – diretamente ou por pessoa (física ou jurídica) interposta – empregados sem anotação da CTPS, bem como sem registro em ficha ou livro próprio (arts. 13, 29 e 41 da CLT), abstendo-se de forma peremptória da utilização de intermediários – ‘gatos’ – na contratação de trabalhadores, e pelos poderes reconhecidos ao Juiz, nos termos do art. 11 da Lei nº 7.347/85 e de acordo com a Súmula nº 331, I, do c. TST, em ocorrendo a presente situação, o vínculo formar-se-á diretamente com os réus, exceto nos casos de trabalho temporário, como tal previsto na Lei nº 6.019/74; c) em caso de descumprimento dessas obrigações, nos termos do art. 11, parte final, da Lei nº 7.347/85, fica cominada aos réus *multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por empregado em situação irregular, nos termos dos pedidos acima deferidos*; d) defiro o pagamento de *indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), a ser revertido ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador)*, de acordo com o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 e na forma do pedido do Ministério Público do Trabalho. Juros e correção monetária, na forma da Lei. Custas pelos réus, de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), calculadas sobre R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), valor fixado para a condenação, de acordo com o disposto no art. 789, I, da CLT. AS MULTAS COMINADAS PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER, IMPOSTAS NA PRESENTE SENTENÇA, OBEDECERÃO AO DISPOSTO NO ART. 12, § 2º, DA LEI Nº 7.347/85.”

Dessa decisão o Ministério Público do Trabalho e os réus recorreram, tendo a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região proferido decisão em 21 de fevereiro de 2006, na qual negou provimento aos recursos dos réus e deu provimento parcial ao Recurso Ordinário do Ministério Público do Trabalho. O acórdão (nº TRT 1ª T/ RO 01780-2003-117-08-00-2), de

autoria da Relatora Desembargadora Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, tem a seguinte ementa:

“TRABALHO EM CONDIÇÕES SUBUMANAS. DANO MORAL COLETIVO PROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Uma vez provadas as irregularidades constatadas pela Delegacia Regional do Trabalho e consubstanciadas em Autos de Infração aos quais é atribuída fé pública (art. 364 do CPC), como também pelo próprio depoimento da testemunha do recorrente, é devida indenização por dano moral coletivo, vez que a só notícia da existência de trabalho escravo ou em condições subumanas, no Estado do Pará e no Brasil, faz com que todos os cidadãos se envergonhem e sofram abalo moral, que deve ser reparado, com o principal objetivo de inibir condutas semelhantes. Recurso improvido. II – TRABALHO ESCRAVO. PRÁTICA REITERADA. AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO. Comprovado que as empresas do grupo econômico integrado pelas reclamadas já foram autuadas diversas vezes pelas mesmas razões, sem que cessem a conduta, há que se agravar a condenação. Recurso do Ministério Público parcialmente provido.”

Importante observar dois aspectos da decisão. Primeiro, o reconhecimento expresso da prática de trabalho escravo; segundo, a majoração do valor da condenação relativo ao dano moral coletivo, que passou de três milhões de reais para cinco milhões de reais.

Da decisão da 1ª Turma do 8º Regional os réus, novamente, recorreram, agora por meio do recurso de revista, que foi distribuído para a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, sob a Relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, tendo tomado o número TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117.

Julgado o recurso em 18 de agosto de 2010, com publicação no dia 27 do mesmo mês, recebeu o acórdão a seguinte ementa:

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. REINCIDÊNCIA DAS EMPRESAS. VALOR DA REPARAÇÃO. O Tribunal local, com base nos fatos e nas provas da causa, concluiu que as empresas reclamadas mantinham em suas dependências trabalhadores em condições análogas à de escravo e já haviam sido condenadas pelo mesmo motivo em ação coletiva anterior. Com efeito, a reprovável conduta perpetrada pelos recorrentes culmina por atingir e afrontar diretamente a dignidade da pessoa humana e a honra objetiva e subjetiva dos empregados sujeitos a tais condições degradantes de

DOCTRINA

trabalho, bem como, reflexamente, afeta todo o sistema protetivo trabalhista e os valores sociais e morais do trabalho, protegidos pelo art. 1º da Constituição Federal. O valor da reparação moral coletiva deve ser fixado em compatibilidade com a violência moral sofrida pelos empregados, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima, sempre observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Na hipótese, ante as peculiaridades do caso, a capacidade econômica e a reincidência dos recorrentes, deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado pela instância ordinária. Intactas as normas legais apontadas. *Recurso de revista não conhecido.*”

O recurso, mesmo não tendo sido conhecido, recebeu da Turma, que decidiu à unanimidade, pelo voto do Ministro-Relator, análise substancial das questões tratadas, permitindo identificar, nas razões de decidir, a fixação da dignidade da pessoa humana como o bem protegido que justifica a não aceitação desse tipo de prática nas relações de trabalho, e nos moldes também fixados pela doutrina.

Isso já fica bem claro na ementa acima transcrita, quando se afirma que a conduta dos réus afronta a dignidade da pessoa humana, mas persiste na fundamentação do acórdão, observando-se a partir da página 23 que a consideração feita pelo Ministro-Relator a respeito da caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo é lastreada na necessidade de proteção desse atributo do ser humano, alçado à condição de valor fundamental.

Com efeito, na página indicada, consta do voto:

“A redução de pessoa a condição análoga à de escravo ganhou conceito legal penal com a nova redação do art. 149 do Código Penal, introduzida pela Lei nº 10.803/03, na qual a pessoa fica submetida a trabalhos forçados, a jornada de trabalho exaustiva, a condições degradantes de trabalho ou restringida de locomoção em razão de dívida contraída com o empregador, de vigilância ostensiva ou da retenção de documentos.

Logo, a condição de trabalho escravo ou similar acarreta a ofensa frontal à dignidade da pessoa humana e, reflexamente, a todo o sistema protetivo trabalhista e aos valores sociais do trabalho, protegidos pelo art. 1º da Constituição Federal.”

Tal consideração é, seguramente, o aspecto mais importante da decisão, não obstante sua notoriedade tenha decorrido mais do fato de ter sido, com o não conhecimento do recurso de revista, mantida condenação em dano moral coletivo

no valor de cinco milhões de reais. Não que o valor da condenação não tenha relevância, pois tem, demonstrando que não haverá complacência para com condutas reprováveis como a de submeter alguém à condição análoga à de escravo.

Ocorre que o reconhecimento expresso da dignidade como bem jurídico tutelado nos casos em que se reprime o trabalho em condições análogas à de escravo é de suma importância para que a caracterização desse ilícito ganhe contornos mais uniformes, agora não somente na doutrina, mas também na jurisprudência, permitindo que a atuação dos órgãos estatais que reprimem esse tipo de conduta seja mais eficaz, pela aceitação que passa a existir, pelo último intérprete, no tocante ao mais abrangente e importante fundamento que justifica toda a repressão levada a efeito.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em condições análogas à de escravo, com certeza, é uma das práticas mais odiosas dentre as que podem ser encontradas na relação entre o capital e o trabalho. Durante muitos anos foi considerado como uma afronta direta à liberdade da pessoa, deixando de lado outras condutas que também tinham o condão de negar ao ser humano a condição de ser dotado de dignidade, e que, por isso, assemelhavam a pessoa às coisas.

Alterado o art. 149 do Código Penal brasileiro, em 2003, paulatinamente foi sendo alterada essa visão mais restritiva da prática, com a doutrina passando a acolher o entendimento de que o principal bem jurídico violado nos casos de trabalho em condições análogas à de escravo é a dignidade da pessoa humana.

Faltava, no entanto, somar a essa concepção doutrinária a visão do Poder Judiciário, pelo reflexo que seu entendimento tem na conduta das pessoas¹⁹.

A decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Processo nº TST-RR-178000-13.2003.5.08.0117, em voto da lavra do Ministro Vieira de Mello Filho, elimina essa ausência, fazendo crer que, ao menos no Judiciário Trabalhista, mas, quem sabe, em todo o Poder Judiciário, esse entendimento deverá prevalecer, fortalecendo a posição dos que atuam contra esse ilícito e, possivelmente, reduzindo a ocorrência desse tipo de violação, ainda frequente no território brasileiro.

19 É que, tomando como exemplo o acórdão que estou discutindo, mesmo não produzindo essa decisão efeitos para além dos litigantes, é evidente que ela, pela importância que passou a ter, influenciará a conduta dos demais tomadores de serviços em situações semelhantes, funcionando como indutora de um determinado comportamento.

A COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Luis Felipe Salomão*

Wellington S. Medeiros**

1 – INTRODUÇÃO

É de curso conhecimento que a competência da Justiça do Trabalho, hoje prevista no art. 114 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi atribuída pela EC nº 45/04, nem sempre ostentou o mesmo alcance, nem nas Cartas Republicanas passadas, nem na atual Carta, em sua redação original. Uma breve reflexão acerca da Emenda Constitucional nº 45/04, no particular relativo à atuação da Justiça do Trabalho, revela que, da ameaça referente à sua extinção, a Justiça Obreira emergiu com a Reforma como o único braço do Judiciário que obteve ampliação de sua competência.

Destarte, cumpre, no presente ensaio, tratar de dois temas conexos e que, além de propiciar um novo olhar para a Justiça Especializada Obreira, têm aportado nos tribunais com relativa frequência.

Cuida-se de saber a competência para o julgamento de litígios referentes a:

- i. cobrança de honorários advocatícios contratuais manejados por advogados vinculados a sindicatos em desfavor do trabalhador;
- ii. ações indenizatórias propostas por empregado em face do empregador, objetivando o ressarcimento de valor gasto, a título de honorários contratuais, com a propositura de reclamatória trabalhista julgada procedente.

2 – UM BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O art. 123 da Carta Magna de 1946 previa competir “à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados

* *Ministro do Superior Tribunal de Justiça.*

** *Servidor efetivo do Superior Tribunal de Justiça. Assessor de Ministro. Graduado em Direito e Matemática pela Universidade de Brasília (UnB).*

e empregadores (...)”, regra mantida pela Constituição de 1967, art. 134, e pela Emenda Constitucional de 1969, art. 142.

O texto original da atual Constituição também manteve a lógica anteriormente adotada, no sentido de pautar a delimitação da competência da Justiça do Trabalho a partir de um critério subjetivo, centrado nas figuras do trabalhador e do empregador¹.

Doutrina e jurisprudência, desde sempre, sufragaram entendimento segundo o qual o mencionado dispositivo somente se aplicava quando estivesse subjacente uma relação de emprego, porquanto quem trabalha para o empregador somente pode ser o empregado, ficando excluídos da jurisdição trabalhista outros tipos de trabalhadores que não estavam sujeitos a uma relação tipicamente empregatícia².

A Emenda Constitucional nº 45 alterou o critério de delimitação da competência da Justiça do Trabalho, que não é mais fixada pela ótica subjetiva dos envolvidos no dissídio – empregado e empregador –, mas pela ótica objetiva da relação jurídica da qual emergiu o conflito de interesses³.

Surgiram, então, discussões doutrinárias acerca do alcance da alteração promovida pela EC nº 45/04, notadamente acerca dos contornos conceituais da expressão “relação de trabalho”, confrontando-a com o antigo critério da “relação de emprego”.

Deveras, a Justiça do Trabalho sempre foi competente para solucionar os litígios decorrentes de “relações de emprego”, aperfeiçoadas entre empregado e empregador, tais como são definidos pelos arts. 2º e 3º da CLT, de modo que restringir o alcance conceitual de “relação de trabalho”, como sinônimo de “relação de emprego”, esvazia o propósito da Reforma, que foi exatamente proceder a essa ampliação.

A primeira obra doutrinária publicada depois da Reforma do Judiciário de 2004 explicita bem o espírito no qual estava imersa a EC nº 45, que tinha, sim, o propósito de levar a efeito profunda modificação na competência da

1 “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...)”

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 214.

3 Nesse sentido, preveem os atuais incisos I e IX do art. 114: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...) IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (...)”.

Justiça do Trabalho, modificação que, amiúde, não foi bem apreendida pelos aplicadores do Direito.

Referimo-nos à obra conjunta coordenada por Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, de cuja apresentação extrai-se a expectativa de uma revolução normativa, uma nova ordem constitucional, uma nova justiça que caminhou da limitada espécie (relação de emprego) para o amplíssimo gênero (relação de trabalho)⁴.

A doutrina constitucionalista moderna mais abalizada também indica as profundas transformações advindas da EC nº 45/04:

“A competência da Justiça do Trabalho sofreu profunda alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04.

Ao lado das tradicionais atribuições concernentes às ações oriundas das relações de emprego, o dissídio coletivo de natureza econômica, as ações sobre representação sindical e as ações que envolvam direito de greve, a competência da Justiça do Trabalho foi significativamente ampliada com o reconhecimento da sua competência para processar e julgar todas as ações oriundas da relação de trabalho. Assim, um plexo significativo de relações do trabalho foi incluído como de apreciação da justiça especializada” (MENDES, Gilmar Ferreira [et al.]. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 925, sem grifo no original).

Destarte, não é por poucos motivos que há de se considerar ter a EC nº 45/04 ampliado a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de todo litígio decorrente da prestação de trabalho humano, seja ele havido, ou não, de vínculo de emprego.

Em síntese, enunciam-se fundamentações de ordem jurídica, sociológica e econômica para se entender o alcance da nova Justiça do Trabalho, para além da antiga relação de emprego.

Os fundamentos jurídicos estão amparados, sobretudo, no processo legislativo do qual originou a Reforma do Poder Judiciário encampada em 2004.

4 “Este livro é a fotografia do início de uma revolução. (...) Estrutura-se, a partir da nova ordem constitucional, uma nova Justiça, com atribuições originais e com notória ampliação de sua competência, de acordo com o novel texto do art. 114 da Carta Política. De plano, a competência da Justiça do Trabalho estendeu-se do julgamento das lides decorrentes dos contratos de emprego para a decisão de todas as que derivem das relações de trabalho. Caminha-se da limitada espécie ao amplíssimo gênero, na busca do aproveitamento de sua vocação social e de sua agilidade, correspondentes sonoras dos anseios sociais. Qualquer litígio que decorra do trabalho humano tem, agora, sua solução submetida à apreciação desse ramo do Judiciário, promovido, enfim, de ‘justiça do emprego’ a Justiça do Trabalho” (*Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005).

Ficou patente que o propósito expresso do legislador foi afastar o critério da “relação de emprego” para a definição da competência da Justiça Especializada, alterando o foco para a “relação de trabalho” em sentido amplo⁵.

Os fundamentos sociológicos e econômicos são também expressivos.

É sabido que a nova ordem econômica calçada no capitalismo globalizante promoveu profundas transformações no seio da sociedade.

Transformaram-se as formas de produção de riquezas, com a consequente mutação da organização do trabalho humano, antes timbrada pelo paradigma do tradicional contrato de emprego, cuja hegemonia nas relações trabalhistas foi construída desde a Revolução Industrial.

Atualmente, as formas pelas quais se “compra” e “vende” o trabalho humano diversificam-se e ultrapassam os muros das fábricas e os lindes da singela subordinação jurídica e dependência econômica – então existentes entre patrão e empregado.

Cresce a cada dia a oferta de força de trabalho por profissionais a mais de uma fonte de produção de riquezas, sem vínculos empregatícios, e bem distante do núcleo tradicionalmente ocupado pela empresa, situações nas quais nem de longe se vislumbra o traço marcante da subordinação jurídica e dependência econômica existentes no típico contrato de emprego.

Não menos evidente é a prestação de serviço pela via da informalidade, de modo terceirizado ou mediante cooperativas, por profissionais autônomos que se encontram excluídos do mercado formal de emprego, em grande medida pela própria expansão tecnológica e redução progressiva dos postos de trabalho⁶.

Vale dizer, por ótica, o alargamento da competência da Justiça do Trabalho acompanha a própria reestruturação do trabalho humano na sociedade contemporânea, na esteira da constatação de que a geração de riquezas não

5 DALAZEN, João Oreste. Relações de trabalho e a competência material da Justiça do Trabalho. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) et al. *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.134-136.

6 Essa nova feição da atual organização do trabalho humano é bem explanada por Márcio Túlio Viana: “Hoje, como sabemos, a nova fábrica se desconcentra, organizando-se em rede. Para isso, articula-se não só com outras menores e hipermodernas, mas também com empresas tayloristas e pequenas oficinas de fundo de quintal. Com frequência, utiliza-se de empregados informais ou empregados alheios. Às vezes serve-se até do trabalho escravo. Mas o fenômeno mais original talvez não seja esse – e sim a utilização crescente de trabalhadores autônomos, não só falsos, mas também reais. De fato, o sistema vem aprendendo e ensinando como extrair mais valia por tabela, usando cada vez mais o trabalho do artesão, do profissional liberal, do cooperado ou do estagiário. Todos eles, trabalhadores livres, exploram-se livremente para ganhar os contratos” (VIANA, Márcio Túlio. Relações de trabalho e competência: esboço de alguns critérios. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes (Coord.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 264).

mais se alcança de forma hegemônica, tampouco exclusiva, por intermédio de típico contrato de emprego.

Deve-se entender, portanto, que a nova competência da Justiça do Trabalho centra-se em relação de trabalho *lato sensu* – gênero de que é espécie a relação de emprego –, e o delineamento conceitual daquela (relação de trabalho) prende-se ao sistema que a doutrina tem chamado “contrato de atividade”.

Na definição de Amauri Mascaro Nascimento, relação de trabalho compreende o “universo de relações jurídicas ou contratos de atividade nos quais o objeto preponderante do vínculo jurídico é a atividade mesma da pessoa que presta serviços para outra, para uma empresa ou para uma pessoa física, portanto, gênero”⁷.

3 – A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, SOB ANÁLISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça vinha oscilando, no que concerne à delimitação da competência da Justiça do Trabalho, no exercício de seu mister previsto na alínea *d* do inciso I do art. 105 da Carta da República.

A Súmula nº 366, por exemplo, foi cancelada em menos de um ano de existência.

O Verbete contava com a seguinte redação:

“Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho.”

Editada depois da EC nº 45/04 e após o STF decidir que competia à Justiça do Trabalho julgar as ações indenizatórias acidentárias (CC nº 7.204/MG, Rel. Ministro Carlos Britto), a mencionada Súmula nº 366 pretendia, nitidamente, fazer distinção acerca da competência quando o postulante da indenização não era o empregado, mas seus herdeiros, por fundamentos alicerçados, seguramente, no paradigma superado pela Reforma.

Em contrapartida, vem o STF, intérprete maior da Constituição Federal, a afirmar que é “irrelevante para a definição da competência o fato de os sucessores, e não o empregado, ajuizarem ação de indenização por danos morais e

7 *Op. cit.* p. 25.

patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho” (AI 667.119 AgR, Relator(a): Min^a Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 26.05.09).

Relembre-se, também, a superada jurisprudência do STJ no que concerne à competência para julgar ações de interdito proibitório ajuizadas por instituições financeiras em face de sindicatos de trabalhadores contra os conhecidos “piquetes” em portas de agências bancárias, por ocasião de movimentos paredistas.

Entendia-se que, por se tratar de questão possessória, competia à Justiça Comum conhecer do litígio (entre muitos, confirmam-se CC 11.815/SC, Rel. Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 08.02.95; CC 92.507/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26.03.08).

Em brevíssimo tempo, veio o STF a decotar o mencionado entendimento, franqueando à Justiça do Trabalho, uma vez mais, a competência para conhecer desse tipo de controvérsia (e.g., RE nº 579.648, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator(a) para o acórdão Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10.09.08).

Na verdade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da EC nº 45/04, há muito se consolidara o entendimento segundo o qual a fixação da competência da Justiça do Trabalho não dependia da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, se de natureza civil ou trabalhista, mas somente da origem da situação litigiosa. Em sendo decorrente de relação trabalhista, será a Justiça do Trabalho a competente para dirimir o conflito de interesses.

Rememore-se, por exemplo, o Conflito de Jurisdição nº 6.959/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em maio de 1990. Na oportunidade, o STF sufragou entendimento segundo o qual “à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da Relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho” (CJ 6.959/DF, Relator p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23.05.90, Tribunal Pleno).

Por essa linha de raciocínio, chancelada pelo STF, e antes que se formule a preocupação a seguir, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho não significa, evidentemente, a ampliação de “direitos trabalhistas”, como se a norma aplicável ao caso fosse definida a depender da Justiça competente.

Não se trata, por exemplo, de aplicar a CLT a profissionais liberais ou autônomos, que não são regidos pelo histórico e protetivo Diploma Obreiro. Cuida-se de remeter à justiça especializada a lide que envolva esses tipos de

profissionais, desde que haja a mencionada “relação de trabalho”, nada obstante deva ser a controvérsia solucionada à luz do direito civil, por exemplo.

4 – A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 E AS QUESTÕES SINDICAIS

Outro aspecto importante que emergiu da EC nº 45/04 foi o alargamento da Justiça do Trabalho para resolver questões sindicais, tendo a doutrina propugnado que, em verdade, as questões que envolvem direito sindical devem todas elas estar concentradas na Justiça do Trabalho, seja porque dizem respeito a “representação sindical” (inciso III do art. 114 da CF/88), seja porque concernem a “exercício de direito de greve” (inciso II do art. 114 da CF/88), seja porque, ainda que de forma indireta, são “oriundas da relação de trabalho”.

Os sindicatos são e sempre foram um valioso instrumento de interferência na própria relação de trabalho, de modo que sua atuação, sobretudo como substituto processual dos trabalhadores, finca raízes na relação existente entre o substituído (o trabalhador) e o patrão.

É dizer, os mais relevantes motivos da atuação sindical hospedam-se exatamente na relação de trabalho firmada entre patrão e empregado, e, por isso, a atuação da entidade de classe deve mesmo ser analisada no cenário do direito do trabalho e sindical, aplicando-se-lhe as normas próprias que regulam vínculos jurídicos desse jaez.

É mais que conhecido o embaraço – ou até mesmo a inviabilidade – de um trabalhador, ainda em emprego, ajuizar ação individual em face do seu patrão, ou mesmo os que ainda não estão empregados ajuizarem demandas contra ex-empregadores, ressabiados, certamente, das odiosas “listas negras” organizadas e articuladas por algumas empresas. Avulta, nessas situações, a importância da atuação sindical⁸.

Por essa linha de raciocínio, as questões que envolvem sindicatos e trabalhadores, de um modo geral, unem-se, direta ou indiretamente, à relação de trabalho existente entre o substituído e o patrão, de modo que se revela de todo conveniente que a Justiça do Trabalho seja mesmo o juízo universal das questões sindicais⁹.

8 A propósito, confirmam-se as palavras de Márcio Túlio Viana acerca da importância da substituição processual operada por intermédio dos sindicatos, sobretudo em um contexto de instabilidade do emprego (VIANA, Márcio Túlio. A nova competência da justiça do trabalho no contexto da reforma sindical. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Ano 71, n. 1, jan./abril de 2005, p. 161).

9 VIANA, Márcio Túlio. *Op. cit.* p. 165; CASTRO, Antonio Escosteguy. Emenda 45: a concentração da competência em matéria sindical na justiça do trabalho. In: *Justiça do Trabalho*. Ano 23, n. 273, setembro de 2006.

5 – O ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 363 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É com essa cautela e essas ponderações que se analisa a operacionalidade da Súmula nº 363/STJ: “Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente”.

Embora editado em 2008, o mencionado Verbete possui como base jurisprudencial muitos precedentes julgados antes da EC nº 45, com sustentáculo normativo-constitucional anterior à nova sistemática, e que se apoiavam exatamente no paradigma superado, sobretudo, fazendo alusão à natureza da norma a ser aplicada no caso concreto – como a pedra de toque para determinação da competência¹⁰.

Com efeito, a nosso juízo, a mencionada Súmula deve ser aplicada com “um grão de sal” a casos cuja controvérsia subjacente veio a se instalar, posteriormente, à EC nº 45/04, excluindo do alcance do Verbete aquelas questões oriundas, ainda que indiretamente, de uma relação de trabalho *lato sensu*.

É de se ressaltar que não se pretende desconstruir jurisprudência acerca da competência para causas que envolvam “profissionais liberais”, como diz a Súmula nº 363, que, a nosso juízo, pode e deve ser aplicada a outros casos, como naqueles em que pessoa jurídica pleiteia a verba compensatória de serviços profissionais prestados, como um escritório de advocacia.

6 – AS AÇÕES DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS MANEJADAS POR ADVOGADOS VINCULADOS A SINDICATOS EM DESFAVOR DO TRABALHADOR

O pleito de recebimento de honorários advocatícios contratuais foi tema recentemente enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 112.748/PE, Relator Ministro Raul Araújo.

A perplexidade que emerge da questão reside no fato de que, em princípio, teria o causídico dupla via para o recebimento da verba – mediante ação

10 Confirmam-se a título de exemplos: CC 15.566/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Segunda Seção, julgado em 13.03.96; CC 30074/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 08.11.00, DJ 04.12.00; CC 36517/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 23.10.02, DJ 18.11.02; CC 36563/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 14.04.04, DJ 03.05.04.

própria ou pedido de retenção feito nos próprios autos, tal como autorizado pelo art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia)¹¹.

Muito embora tal perplexidade possa se apresentar em qualquer processo judicial – tendo em vista que o mencionado dispositivo legal não alcança, por óbvio, apenas os advogados dedicados a feitos trabalhistas –, o desate da controvérsia se mostra particularmente problemático quando se trata de causas trabalhistas e, sobretudo, quando envolvem advogados vinculados a sindicatos.

É que, como se sabe, a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, no processo do trabalho, tem contornos próprios, e somente é cabível excepcionalmente, nos termos do que dispõem a OJ nº 305 da SDI-I, e a Súmula nº 219/TST:

“OJ nº 305 da SDI-I:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO (DJ 11.08.03). Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Súmula nº 219/TST:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) – Res. nº 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário-mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 – Res. nº 14/85, DJ 26.09.85)

II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

11 “Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. (...) § 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou”.

D O U T R I N A

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.”

Com efeito, as demandas de advogados vinculados a sindicatos, objetivando o recebimento de honorários contratuais a serem pagos pelos trabalhadores, por vezes, são deduzidas exatamente nas especiais hipóteses em que também é cabível a condenação ao pagamento dos honorários de sucumbência, circunstância que, em princípio, causa estranheza.

A par da mencionada conjectura, e se não fosse bastante que o serviço prestado pelos causídicos consubstancia “relação de trabalho” *lato sensu*, os mencionados pleitos ostentam particularidades importantes que reforçam a conclusão de ser competente a Justiça do Trabalho para apreciá-los.

Os pedidos de recebimento de honorários originam-se de contratos de prestação de serviços que foram realizados em ação que tramitou na Justiça do Trabalho, cuja causa de pedir apoiava-se em relações jurídicas estabelecidas entre os substituídos e os patrões, logo, uma relação de trabalho.

Por outro lado, subjazem à controvérsia questões sindicais a serem resolvidas antes de franquear aos advogados o direito aos honorários contratuais.

O art. 514, alínea *b*, da CLT, por exemplo, afirma que:

“Art. 514. São deveres dos sindicatos:

(...)

b) manter serviços de assistência judiciária para os associados.”

Por outro lado, a Lei nº 5.584/70, que dispõe, em essência, sobre normas de Direito Processual do Trabalho e disciplina a prestação de assistência judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho, no seu art. 14, aduz ser do sindicato o encargo de prestar a assistência judiciária a que faz alusão a Lei nº 1.060/1950:

“Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere à Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

DOCTRINA

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.”

Por sua vez, a Lei nº 1.060/1950, como se sabe, refere-se expressamente à assistência judiciária, a qual compreende, além do próprio patrocínio (art. 5º, §§ 3º e 5º), as despesas com honorários de advogado e peritos (art. 3º, inciso V).

Com efeito, para o desate da controvérsia, deve-se averiguar se o pedido de cobrança de honorários contratuais pelos advogados do sindicato é compatível com a sistemática adotada na Justiça do Trabalho relativamente à condenação em honorários advocatícios, bem como se é consentâneo com a forma pela qual os sindicatos devem representar o trabalhador em juízo.

Ou seja, saber se é lícita a cobrança, pelos advogados do sindicato, de honorários advocatícios em desfavor do trabalhador, significa investigar os próprios contornos da atividade de representação sindical, isto é, o modo pelo qual os sindicatos devem representar os sindicalizados judicialmente, se gratuita ou onerosamente.

Portanto, a nosso juízo, é da competência da Justiça do Trabalho – porquanto envolve relação de trabalho *lato sensu* e direito sindical – julgar se é cabível a cobrança de honorários contratuais dos trabalhadores patrocinados por sindicatos em ações trabalhistas, principalmente na especial hipótese de haver condenação a honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho.

7 – AS AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS POR EMPREGADO EM FACE DO EMPREGADOR, OBJETIVANDO O RESSARCIMENTO DO VALOR GASTO A TÍTULO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS PARA A PROPOSITURA DE RECLAMATÓRIA TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE

O segundo tema a que nos propusemos examinar trata de situação mais corriqueira e que, amiúde, vem se avolumando tanto no âmbito da Justiça Comum quanto no da Justiça do Trabalho. São ações propostas por ex-empregados em face de ex-empregadores, com vistas ao ressarcimento das perdas e danos que os autores alegam ter experimentado com a contratação de advogado particular, em razão de descumprimento de normas trabalhistas pelo ex-empregador, pelo que os empregados foram obrigados a ajuizar ação reclamatória trabalhista na qual se sagraram vitoriosos.

Via de regra, sustenta-se que o descumprimento de normas trabalhistas, pelo empregador, acarreta ao empregado perdas e danos, nas quais devem se inserir os honorários contratuais de advogado, nos termos do que preceituam os arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil de 2002:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.”

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e *honorários de advogado*.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e *honorários de advogado*, sem prejuízo da pena convencional.”

Essa controvérsia, em mais de uma oportunidade, foi apreciada, pelo mérito, no Superior Tribunal de Justiça, tendo as Turmas de Direito Privado chegado a conclusões opostas acerca da procedência de pedidos dessa natureza.

Na Quarta Turma, por exemplo, seguiu-se, em síntese, a tese capitaneada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, segundo a qual “o gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz, por si só, a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral” (REsp nº 1.027.897/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, e REsp nº 915.882/MG, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, ambos da Quarta Turma, julgados, respectivamente, em 16.10.08 e 04.02.2010).

A Terceira Turma, por sua vez, sufragou entendimento diverso, no sentido de que “os honorários convencionais integram o valor devido a título de perdas e danos, nos termos dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02. (...) O pagamento dos honorários extrajudiciais como parcela integrante das perdas e danos também é devido pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas, diante da incidência dos princípios do acesso à justiça e da restituição integral dos danos e dos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, que podem ser aplicados subsidiariamente no âmbito dos contratos trabalhistas, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da CLT” (REsp 1.027.797/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17.02.2011, DJe 23.02.2011).

A par dos dois mencionados posicionamentos, que enfrentaram o mérito da questão controvertida, a posição atual do STJ é a de que a Justiça Comum

DOCTRINA

não é competente para apreciar esse tipo de litígio, sendo a Justiça do Trabalho o juízo natural para causas com os mencionados contornos¹².

Deveras, cuidando-se de ação indenizatória por danos materiais decorrentes do descumprimento do contrato de trabalho, cuja causa de pedir remota é a relação de trabalho, a situação subsume-se ao que dispõe o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”

A controvérsia cinge-se a saber se o descumprimento de normas trabalhistas – descumprimento reconhecido pela Justiça do Trabalho com a procedência do pleito na reclamatória – é também capaz de gerar o dever de indenizar o trabalhador pelos valores despendidos com a contratação de advogado.

Por esse ângulo, o dano patrimonial alegado decorre mesmo da própria relação de trabalho, assim também se fosse alegado algum dano moral que tivesse como pano de fundo o vínculo laboral.

Repita-se o que se afirmou noutro passo: tal como já vinha sendo apregoadado pelo STF, mesmo antes da EC nº 45/04, a fixação da competência da Justiça do Trabalho não depende da norma jurídica a ser aplicada para a solução do caso concreto, se de natureza civil ou trabalhista, mas somente da origem da situação litigiosa. Em sendo decorrente de relação trabalhista, será a Justiça do Trabalho a competente para dirimir o conflito de interesses¹³.

No paradigmático CC 7.204/MG, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 29.06.05, mediante o qual se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, o STF reconheceu que sempre foi da competência da Justiça Obreira conhecer de matérias com esse cariz, tendo a EC nº 45/04 apenas explicitado esse entendimento com a finalidade de afastar a equivocada conclusão antes apregoadada pelos Tribunais.

12 REsp nº 1.087.153/MG, Segunda Seção, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 09.05.2012, DJ de 22.06.2012.

13 Repita-se que no Conflito de Jurisdição nº 6.959/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, o STF sufragou entendimento segundo o qual “à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho”.

Nesse sentido se manifestou o Relator, Ministro Carlos Britto:

“Nesse rumo de ideias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 da *Lex Maxima* só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que já era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista, agora é confirmativamente competente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.”

Também se mostraram profícuas as ponderações realizadas no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, quanto à amplitude da competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões relativas a todos os danos materiais e morais decorrentes da relação laboral, dos quais os gerados por acidente do trabalho são apenas um exemplo:

“É, portanto, dentro desse quadro, que há de interpretar-se a Emenda nº 45, quando, explicitando, no inciso I do art. 114, o caráter geral da competência da Justiça do Trabalho, nela incluiu todas as ações oriundas da relação de trabalho.

(...)

Essa interpretação acomoda ambas as cláusulas constitucionais, reverencia a especialização e a funcionalidade da Justiça do Trabalho, alivia a Justiça estadual e sustenta-se na necessária unidade de convicção, sem esvaziar o disposto no inciso VI, no qual apenas se divisa a positivação, mediante relevo destinado a superar todas as dúvidas, da jurisprudência desta Casa, que, sob a redação original do art. 114, *caput*, entendia – a meu ver, com indiscutível acerto – que, para efeito dessa competência distribuída com apoio em vários princípios, entre os quais o da unidade de convicção, era e é irrelevante a província taxonômica das normas aplicáveis ao caso, se direito trabalhista ou civil, e, pois, também a natureza mesma da responsabilidade, se negocial ou aquiliana.

Essa conjugação conduz, portanto, a meu ver, ao seguinte resultado prático: são, agora, da competência exclusiva da Justiça do Trabalho todas as ações oriundas da relação de trabalho, sem exceção alguma, trata-se de ações acidentárias típicas ou de indenização de outra espécie e de outro título.”

A consagração definitiva desse entendimento veio com a Súmula Vinculante nº 22, que apenas explicita o acidente do trabalho, na perspectiva de

dar ênfase à situação mais controvertida, mas que sua principiologia abarca, certamente, todos os danos morais e materiais decorrentes da relação de trabalho, *ex vi* do art. 114, VI, da CF/88.

Com efeito, a ação de indenização ajuizada pelo trabalhador em face do ex-empregador, com vistas ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais despendidos em reclamatória trabalhista outrora manejada, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, porquanto decorrente da relação de trabalho (art. 114, inciso VI, da CF).

E, de fato, a Justiça do Trabalho vem mesmo apreciando demandas com esses contornos, como demonstram os seguintes precedentes do Tribunal Superior do Trabalho: RR – 113-55.2011.5.24.0072, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 11.04.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 13.04.2012; RR – 1184-23.2010.5.03.0069, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 09.08.2011, 7ª Turma, Data de Publicação: 12.08.2011; RR – 45740-09.2009.5.03.0114, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15.12.2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 17.12.2010; RR – 80000-19.2009.5.02.0057, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 07.03.2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 16.03.2012; RR – 186400-91.2007.5.09.0652, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 08.02.2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 24.02.2012.

Deveras, mostra-se de todo conveniente que a Justiça do Trabalho decida, com base na sua especialização constitucionalmente conferida, a questão relativa ao cabimento do ressarcimento de honorários advocatícios contratuais reclamados pelo ex-empregado em face do ex-empregador, sobretudo para saber se o pleito é compatível com as regras peculiares de sucumbência aplicáveis ao processo do trabalho, regras essas consolidadas na Orientação Jurisprudencial nº 305 da SDI-I e na Súmula nº 219, ambas do Tribunal Superior do Trabalho.

Ademais, o reconhecimento da competência da Justiça Comum para julgar as causas desse jaez geraria um enorme desajuste no sistema, porquanto, para cada ação tramitando na Justiça do Trabalho haveria mais uma a tramitar na Justiça Comum.

Por outro lado, no âmbito da Justiça Especializada, o pedido de indenização pode ser feito na própria reclamatória trabalhista, não onerando em nada aquele segmento do Judiciário.

8 – CONCLUSÃO

Um grave problema de técnica de interpretação jurídica é, certamente, observar a nova norma por uma lente ultrapassada, sobretudo quando a “chave hermenêutica de leitura” própria do sistema superado foi expressamente repudiada pelo novel sistema.

O misoneísmo hermenêutico configura verdadeira deslealdade com o próprio sistema de tripartição de poderes, uma vez que, em obséquio de valores antigos, simplesmente se desconsidera o novo valor consagrado pelo legislador.

Em última análise, a aversão ao novo tem a virtualidade de tornar inócuos toda virada jurídica e avanço legal levados a efeito pelos aparelhos legiferantes do Estado.

Felizmente, parece-nos que os Tribunais Superiores têm, de um modo geral, compreendido o alcance da EC nº 45/04, no que concerne à competência material da Justiça do Trabalho.

O entendimento acolhido no julgamento do REsp nº 1.087.153/MG e a apertada votação do CC nº 112.748/PE, apreciados ambos pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, revelam uma abertura – ao menos incipiente – do “Tribunal da Cidadania” para os novos ventos trazidos pela Reforma de 2004, sem apego ao que passou, mas com os olhos atentos às relevantes alterações legislativas, sem as quais o Direito não conseguiria ombrear as galopantes transformações sociais.

A CONVENÇÃO 87 DA OIT SOBRE LIBERDADE SINDICAL DE 1948: RECOMENDAÇÕES PARA A ADEQUAÇÃO DO DIREITO INTERNO BRASILEIRO AOS PRINCÍPIOS E REGRAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO*

Maristela Basso**

Fabrcio Polido***

“Deve-se assegurar no Brasil, sem demora, o respeito aos princípios e normas internacionais do trabalho, como aqueles previstos na Constituição da OIT, na Declaração de Filadélfia de 1944 e na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998. A liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização integram essa categoria específica.”

1 – INTRODUÇÃO

Mais de sessenta anos se passaram desde a adoção da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, de 9 de junho de 1948¹, e o

* O presente ensaio foi concebido a partir das reflexões promovidas no “Seminário sobre Liberdade Sindical e Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, realizado em Brasília, entre 25 e 27 de abril de 2012, no Tribunal Superior do Trabalho – TST, a propósito da discussão sobre a oportunidade de ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical de 1948, adotada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Enquanto resultado de produção acadêmica, a obra inédita, aqui apresentada, reflete estritamente a opinião dos autores e expressa alguns argumentos para a mudança dos contornos institucionais que o tema proporciona ao atual modelo de organização sindical no Brasil, a partir da perspectiva do Direito Internacional do Trabalho e Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os autores agradecem ao acadêmico Rubens Massaro pela colaboração de pesquisa durante as fases de aprofundamento do estudo.

** *Professora associada do Departamento de Direito Internacional e Comparado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP; doutora e livre-docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; advogada e árbitra.*

*** *Professor adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; advogado e consultor.*

1 *Convention Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise (No. 87), July 9, 1948, 68 UNTS 17. Texto em português disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-proteção-ao-direito-de-sindicalização>>.*

Brasil continua a considerá-la intocável, em particular pela matéria ali tratada e a suposta existência de conflito normativo decorrente de seus dispositivos e a Constituição Federal de 1988. O momento de intensa e merecida evolução das normas internacionais de direitos humanos e de direito do trabalho, de desenvolvimento dos mecanismos de implementação das obrigações multilaterais assumidas no âmbito da OIT e de monitoramento das convenções ali negociadas e concluídas entre os Membros impõem, no entanto, a necessidade imperiosa de mudança e revisão de prioridades legislativas nacionais.

A mudança e revisão encontram justificativa na insubsistência de abordagens anacrônicas e crenças arraigadas entre nacionalistas e defensores de certos modelos laborais pouco funcionais diante de uma ordem global cada vez mais dependente da transparência, da democracia e do equilíbrio nas relações econômicas e profissionais. Antigas retóricas se enfraquecem diante das novas demandas de diálogo social, da autonomia decisória e da flexibilização na dinâmica das relações de trabalho.

Inegavelmente esse conflito entre o antigo e o novo modelo também se materializa na forma como as normas internacionais do trabalho são aplicadas nos ordenamentos internos, e, particularmente, pelos tribunais nacionais na tarefa de concretização de direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles a *liberdade sindical* e o *direito de sindicalização*.

Aliás, a liberdade de associação para fins sindicais é um dos princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho. Em 1919, ainda durante a Conferência de Versalhes, as potências aliadas manifestaram o expresse reconhecimento do princípio da liberdade de associação na Parte XIII do Tratado de Versalhes (intitulada “Do Trabalho”)², a qual deu origem à Organização Internacional do Trabalho, criada justamente como um dos mais importantes resultados dos trabalhos da Liga ou Sociedade das Nações (S.d.N)³.

Mais tarde, em 1948, os Membros da OIT adotaram a Convenção nº 87, cujo preâmbulo retoma a importância do tema, reconhecendo que a “afirmação do princípio da liberdade sindical” reside entre “os meios aptos a melhorar a condição dos trabalhadores e assegurar a paz”. O art. 2º da Convenção assim estabelece: “Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de

2 Tratado de Paz celebrado entre países aliados, associados e Alemanha, assinado em Versalhes, em 28 de junho de 1919, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 3.875, de 11.11.1919, e promulgado pelo Decreto nº 13.990, de 12.01.1920.

3 SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. Halphen: Kluwer Law International, 2011. p. 28, § 22.

sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas”.

Embora o Brasil tenha participado da XXXI Sessão da Conferência Geral dos Membros da OIT, em 1948, e votado por sua adoção, a Convenção nº 87 não foi ratificada pelo Poder Executivo, tendo sido objeto de um projeto de decreto legislativo somente quase quarenta anos mais tarde (o PDC nº 58/84)⁴. E, nessa medida, é de se pressupor que o texto da Convenção, que teve o voto favorável do Brasil na OIT, continue a repousar nas mesas de trabalho do Congresso Nacional desde então, sem que nossos parlamentares se deem conta da importância dessa Convenção para a concretização dos direitos dos trabalhadores.

Entre os argumentos levantados à época da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 587/84, e que sustentavam a negativa de ratificação da Convenção nº 87 pelo Brasil, estavam três aspectos fundamentais:

i) A suposta incompatibilidade entre o conceito de liberdade sindical estabelecido pela Convenção nº 87, que garante a autonomia dos sindicatos para organizar seus estatutos, sem qualquer obrigatoriedade de voto nas eleições sindicais, e o regime estabelecido nas Constituições de 1946 e 1967⁵;

ii) A incompatibilidade entre a liberdade sindical assegurada pela Convenção nº 87 da OIT e a cobrança de contribuição sindical compulsória, cuja constitucionalidade teria restado confirmada com a Constituição de 1967⁶;

4 Pela Mensagem 256, de 30.06.1949, o Executivo brasileiro encaminhou cópias autenticadas do texto da Convenção relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical à apreciação do Congresso Nacional. Quarenta anos mais tarde, foi convertido em Projeto de Decreto Legislativo nº 58/84, para aprovação do plenário da Câmara. O último ato legislativo data de 20 de junho de 1984, com remessa à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, e consta parecer publicado em 17.08.84, no Diário do Congresso Nacional. Desde então, não houve tramitação relevante no processo legislativo concernente. Cf. *status* em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=13505>>.

5 Parecer do Deputado Alfredo E. da Rocha Leão, de 14 de março de 1967, sobre a Convenção nº 87, concernente à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, submetido à Comissão Permanente de Direito Social do Congresso Nacional, publicado no Diário do Congresso Nacional, em agosto de 1984, p. 7.943, parágrafos 12-18 (“Ressalta a evidência que o sistema da Convenção nº 87 não se coaduna com o regime constitucional brasileiro, o que significa, inequivocamente, que não pode ser ratificada pelo Brasil, a Convenção nº 87”)

6 *Idem*, parágrafos 19-28 (“Mas é preciso reconhecer que tal contribuição é incompatível com a liberdade sindical, considerada de acordo com a concepção do já referido instrumento internacional. Garantir ao indivíduo o direito de participar da vida sindical ou não participar dela; mas, ainda, quando ele não queira participar da vida sindical, obrigá-lo a contribuir para ela não corresponde ao conceito de liberdade sindical posto na Convenção nº 87”).

iii) A ratificação da Convenção nº 87 da OIT implicaria “radical alteração do direito positivo nacional”, tornando-se absolutamente inconveniente para aquele “atual momento da vida nacional”⁷.

Passados mais de vinte anos de redemocratização do país, e em meio ao fortalecimento dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição e da inclinação do Supremo Tribunal Federal para “hermenêutica dos princípios constitucionais”, além da tão divulgada inserção brasileira no contexto da política externa, seria oportuno repensar sobre os exemplos e resultados oferecidos pela Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical, que se consagrou como instrumento de contínua mutação no quadro das normas do Direito Internacional do Trabalho.

Por outro lado, é importante observar que a inexistência de ratificação, como ato formal de aquiescência de um Estado quanto a obrigar-se por determinado tratado, segundo as regras de direito internacional⁸, não retira a obrigação de um país-membro da OIT de relatar ou informar ao Diretor-Geral da OIT as razões da falta de ratificação e sobre os aspectos de sua legislação e prática relativamente à matéria disciplinada na convenção.

Essa obrigação de informar tem como fundamento a regra do art. 19.5 (e) da Constituição da OIT, que delimita, inclusive, o escopo dos relatórios de monitoramento das normas internacionais do trabalho, por meio dos quais os Membros devem especificar em que medida aplicam ou pretendem aplicar os dispositivos de certa convenção não ratificada, por meio de leis, de atos administrativos ou contratos coletivos, ou quaisquer outros expedientes, relatando, inclusive, as dificuldades que impeçam ou retardem a ratificação da convenção da OIT em questão⁹.

É importante ter presente, desde já, que a *liberdade sindical como exercício da liberdade de associação* integra o rol dos *direitos individuais e coletivos*

7 *Idem*, parágrafos 30-36 (“Já assinalamos a impossibilidade de adotar o conceito de liberdade sindical posto na Convenção nº 87 e manter a contribuição sindical”).

8 Cf. Artigos 2 (d) e 11 e 14 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

9 Art. 19.5. Tratando-se de uma convenção:

(...)

e) quando a autoridade competente não der seu assentimento a uma convenção, nenhuma obrigação terá o Estado-Membro a não ser a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a convenção. Deverá, também, precisar nestas informações até que ponto aplicou, ou pretende aplicar, dispositivos da convenção, por intermédio de leis, por meios administrativos, por força de contratos coletivos, ou, ainda, por qualquer outro processo, expondo, outrossim, as dificuldades que impedem ou retardam a ratificação da convenção.

sobre os quais se fundamenta a lógica e as razões da criação da OIT. Negar a ratificação da Convenção nº 87 é comprometer a própria participação na Organização como país-membro e tornar inócuos seus princípios objetivos. Dito de outra forma, não é possível, sob a perspectiva do princípio da consistência da conduta de um Estado, fazer parte da OIT, ratificando seu estatuto constitutivo e não ratificar a Convenção nº 87. Ademais, à *proteção da pessoa humana* não se contrapõe nenhum diploma legal.

É sabido que a liberdade de associação na esfera trabalhista ou laboral constitui-se categoria autônoma no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Internacional do Trabalho¹⁰. É importante, assim, examinar a perspectiva de evolução do direito de liberdade sindical e da proteção do direito de sindicalização no contexto do sistema multilateral das relações internacionais, não apenas das Nações Unidas – ONU, como o regional da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Nos últimos anos, a OIT tem se concentrado na tarefa crucial de examinar a implementação de uma série de convenções negociadas e adotadas sob seus auspícios, e monitorar a prática dos Estados-Membros, dentre os quais o Brasil. Constatou-se, especificamente, no sistema multilateral, casos específicos de violação dos direitos relativos à liberdade sindical e acordos coletivos, em larga medida representados pelas Convenções ns. 87 e 89.

Os desafios impostos às formas associativas laborais, como a constituição de sindicatos, nos ordenamentos internos dos Estados-Membros da OIT trazem considerações, inclusive, de efetividade das normas de direitos internacional dos direitos humanos. No Brasil, como em tantos países latino-americanos, e mesmo nos Estados Unidos, funcionários do poder executivo, legisladores e juízes ainda relutam em pautar suas decisões nas normas internacionais vigentes para fazer valer e respeitar direitos fundamentais universalmente assegurados, ainda que em seu país eles ainda não façam parte do direito interno. E isso também se aplica a certas categorias de direitos individuais e coletivos de trabalhadores que alcançam, na normativa internacional, posição de destaque e de reconhecimento; direitos que materializam a forma de operar uma sociedade democrática, plural e representativa.

Esse é justamente o espaço para a advocacia internacional dos direitos trabalhistas, o que se fez consolidar desde 1998, com a adoção, em Copenhague, da Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998,

10 Cf. SWEPSTON, Lee. Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision. In: *International Labour Review*, vol. 137, n. 2, 1998, p. 169 e ss. Entre nós, ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 109 e ss.

sob os auspícios da OIT. A Declaração tem uma importância singular nesse contexto: reconhece a liberdade de associação (como garantia institucional individual) e seus desdobramentos no campo laboral dos Estados-Membros, assim como os direitos de constituição de sindicatos e de negociação coletiva.

“Evidentemente, a liberdade de associação não constitui um novo direito fundamental da pessoa humana no campo das relações do trabalho. Enquanto a noção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, gestada na França revolucionária, assumia um caráter eminentemente individualista, dentro de uma perspectiva privada (1ª geração de direitos humanos), a evolução dessa categoria como garantia institucional nas constituições modernas e como direito fundamental da pessoa humana em tratados e convenções adotados após a 2ª Guerra Mundial foi acompanhada da socialização ou coletivização de interesses laborais (2ª geração).

No limite, o direito de sindicalização é uma espécie híbrida, pois consagra tanto uma vertente individual (a pretensão de um trabalhador se associar ou se reunir para a constituição ou criação de sindicatos ou entidades dessa natureza) como coletiva (a pretensão de grupos quanto à formação dos sindicatos e entes representativos de uma categoria). A Declaração de Copenhague, de 1998, estabelece, assim, princípios e direitos relativos à liberdade de associação atribuídos aos trabalhadores, compreendendo o direito de organizar, o direito de negociar coletivamente e o direito de fazer greve.”¹¹

O presente ensaio é um estudo preliminar que objetiva oferecer subsídios doutrinários para que o Estado brasileiro reconsidere a ratificação da Convenção nº 87 da OIT sobre Liberdade Sindical e Direito de Sindicalização como alternativa para mutação das normas constitucionais, em particular quanto ao ajustamento do modelo sindical doméstico aos padrões internacionalmente vigentes.

No item 2 são discutidas as interfaces entre as convenções fundamentais da OIT, em particular a Convenção nº 87 e a Convenção nº 98, que disciplinam aspectos da liberdade sindical e negociação coletiva, e as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pretende-se ali destacar a natureza e escopo das normas internacionais fundamentais da pessoa humana e liberdade sindical. Em seguida, no item 3, são analisados os perfis da Convenção nº 87

11 Nesse sentido, cf. COMPA, Lance A. *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States Under International Human Rights Standards*. NY: Washington/DC/London: Human Rights Watch, 2000, p. 40 e ss.

sobre Liberdade Sindical, os direitos estabelecidos e os deveres de abstenção impostos aos Membros da OIT quanto à autonomia e representatividade das organizações sindicais, assim como a interação daquele instrumento internacional com a Convenção nº 98 sobre Direito de Sindicalização e Negociações Coletivas. O item 4 analisa o atual sistema de controle ou monitoramento estabelecido pela OIT em relação às normas internacionais do trabalho, bem como a relação com o Estado brasileiro, partindo-se da prática do Comitê de Liberdade Sindical.

Com vista para as interações entre o Direito Internacional e o direito interno, o item 5 aborda os contornos constitucionais, no ordenamento brasileiro, do princípio da liberdade sindical e suas inter-relações com as normas internacionais nessa matéria, assim como a necessidade de *interpretação consistente* com o Direito Internacional do Trabalho e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sustenta-se, aqui, a observância das normas internacionais relativas à liberdade sindical e proteção do direito à sindicalização em distintas modalidades (e.g.: recurso à aplicação de tratados não ratificados, dos princípios decorrentes das declarações adotadas na OIT). Por fim, à guisa de conclusão, o item 6 apresenta algumas recomendações sobre o tema, com o intuito de estimular e promover o aprofundamento da discussão e novos argumentos em torno da ratificação da Convenção nº 87da OIT, seus benefícios, riscos e desafios.

2 – A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE AS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS DA OIT E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 – Os princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho

Em importante reflexão teórica, o Professor Ernest Mahaim¹², ao iniciar sua detalhada exposição na Academia da Haia de Direito Internacional, ainda em meados da década de 1920, sustentava ser impossível compreender a origem, o desenvolvimento e a natureza da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sem se reportar aos principais eventos da história que moldaram as relações sociais e que impropriamente levavam os autores a denominar “legislação internacional do trabalho” o conjunto das normas jurídicas aplicáveis às relações laborais com efeitos transfronteiriços.

12 L'Organisation permanente Du travail. In: *Recueil de Cours*, vol. 04 (1924), p. 69 e ss.

Talvez justamente aí resida a importância técnica, e ao mesmo tempo valorativa, de um dos ramos do Direito Internacional que mais modificaram a essência das relações humanas, a partir de uma perspectiva política, sociológica, econômica e cultural: o Direito Internacional do Trabalho. Entre os fundamentos das grandes revoluções presenciadas pela História – a Revolução Industrial na Inglaterra e a Revolução Francesa –, até as grandes guerras mundiais no século XX, subsequentemente, o homem resistiu combatente na tarefa de defesa e afirmação de direitos mínimos, de sobrevivência e melhores condições e ambientes de trabalho. É por tantas razões, especialmente, que se pode afirmar que sem trabalho não há dignidade; sem dignidade não há vida¹³.

A formação do proletariado na Inglaterra (que se industrializava), a consolidação dos espaços fabris, a expansão e o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação foram elementos que desencadearam as reivindicações mais importantes em termos de concretização dos princípios, das garantias institucionais e das prerrogativas de massas trabalhadoras e menos favorecidas – primeiramente na Europa e posteriormente projetadas para o mundo. O regime das primeiras fábricas, do ponto de vista das condições de trabalho, de higiene e salubridade, era tão assustador e desumanamente degradante que não tardaria para se reclamar, de diversos lados, a intervenção dos poderes públicos para fazer cessar a exploração humana¹⁴.

A favor de menores e mulheres, trabalhadores nas fábricas e usinas, e mesmo para certos empregadores, haveria um movimento mais ou menos organizado para reclamar proteção jurídica individual. Foi particularmente sobre esse primeiro movimento que o Parlamento inglês promulgou, em 1802, uma lei para a regulamentação do trabalho de aprendizes nas fábricas, certamente conhecida como uma das primeiras leis domésticas em matéria laboral. Uma lei bastante frágil, no entanto, sem instrumentos de controle e mecanismos de sanção¹⁵.

Na luta entre capital e trabalho, para além da visionária formulação de Marx e Engels, constatava-se um elemento importante para as relações internacionais: o fortalecimento de Estados soberanos, beligerantes, de um lado,

13 Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. 1999, p. 13. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30550>>.

14 Sobre o tema da exploração do trabalho feminino e infantil no período que sucede a Revolução Industrial, ver importantes obras de Duncan Bythell, In: O'BRIEN, Patrick K.; QUINAULT, Roland (eds.). *The Industrial Revolution and British Society*. Cambridge (UK)/New York: Cambridge Univ. Press, 1993, p. 31 e ss. HUMPHRIES, Jane. *Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010, especialmente p. 172 e ss.

15 HUTCH Ins et HARRISON, *History of factory legislation*, London, 1903, p. 16 e ss.

e promissores conglomerados industriais, de outro, como motores de uma sociedade paradoxal¹⁶. Sua base se sustentava pela intensificação do trabalho individual (e da exploração, simultaneamente, de crianças, mulheres e idosos) e desaparecimento gradual das pequenas ligas e associações comerciais, dos artesãos, produtores, fazendeiros. No final do século XIX, com a unificação dos Estados europeus, como Alemanha e Itália, e o crescimento dos Estados Unidos da América, dava-se início ao processo das concentrações econômicas e criação das macroempresas, já estimuladas a buscar novos mercados, em diferentes países do globo.

Não diferentemente, na Europa, a Alemanha recém-unificada teve papel fundamental na organização do cenário que antecedeu à criação da Organização Internacional do Trabalho. Em 1890, o Imperador Wilhelm II levou a proposta da Suíça e convocou uma conferência internacional para discutir as condições de trabalho na Europa, que ocorreu em março daquele ano, em Berlim¹⁷. Posteriormente, o Papa Leão XIII publicou a famosa encíclica *Rerum Novarum*, na qual chamava a atenção das instituições e dos governos para adotarem medidas de proteção dos interesses da classe operária e bem-estar das populações. Em seguida, duas convenções foram realizadas em 1897: a primeira, de organizações cristãs de trabalhadores e delegados socialistas, realizada em Zurique, e a segunda, em Bruxelas, que reuniu personalidades científicas e representantes da indústria, diplomatas e antigos delegados da Conferência de Berlim de 1890.

As propostas ali existentes levaram à criação de uma Associação Internacional para Proteção Jurídica dos Trabalhadores, lançada subsequentemente no Congresso Internacional sobre Legislação do Trabalho, em Paris, em 1900¹⁸. É importante observar que os delegados na Associação tinham em mente duas questões prioritárias: a proibição de trabalho noturno de mulheres e a regulamentação do uso de substâncias tóxicas nas atividades industriais. Esses temas foram objeto, posteriormente, de duas convenções internacionais, em 1905 e

16 Cf. CUMMINS, Ian. *Marx, Engels, and National Movements*. London: Taylor & Francis, 1980, p. 28 e ss.

17 Foram Estados originariamente participantes da Conferência Internacional do Trabalho: o Império Austro-Húngaro, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grã-Bretanha, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Suécia, Noruega e Suíça. Excelente relato histórico é feito por Jean-Michel Servais. *International Labour Organization*. The Hague: Kluwer Law International, 2011, p. 13 e ss.

18 Entre os objetivos da Associação Internacional para a Proteção dos Trabalhadores estava a promoção de discussões entre aqueles que, nos países industrializados, consideravam a necessidade de adoção de normas protetivas em matéria de relações laborais. A Associação, precursora da OIT, se organizava com uma secretaria internacional encarregada de coletar e publicar (em alemão, francês e inglês) compilações de normas domésticas de direito do trabalho. Com sede na Basileia, Suíça, a Associação foi aos poucos desenvolvendo seus trabalhos, tendo sido integrada pelos Estados Unidos em 1901.

1906, e que se tornaram instrumentos precursores do então Direito Internacional do Trabalho em formação.

A Primeira Guerra Mundial paralisou as atividades da Associação Internacional para Proteção Jurídica dos Trabalhadores, tendo resultado, no entanto, na criação da Liga das Nações, produto institucional das ideologias das Forças vencedoras. No Tratado de Versalhes, entre as Potências Aliadas e a Alemanha, de 28 de junho de 1919, a Parte XIII foi dedicada à matéria do trabalho e à criação de uma organização permanente nesse domínio. O *caráter tripartite* da nova organização deveria congregiar representantes dos governos, empregadores e trabalhadores, aliás, o grande diferencial da OIT em sua existência como organização dotada de personalidade jurídica internacional. Esse caráter se explica pelas preocupações e envolvimento de trabalhadores nas negociações do Tratado de Versalhes e na ordem política e social entabulada na Liga das Nações.

Por essas razões, e para o objeto do presente estudo, é tão significativo compreender o *leitmotiv* para criação da OIT, ainda como produto da Liga das Nações. A Parte XIII do Tratado de Versalhes, que dá origem à Constituição da OIT, chama a atenção para a relação entre paz universal e justiça social nas relações internacionais e que seria urgente melhorar as condições de trabalho, “no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão de obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes”¹⁹.

Do ponto de vista institucional, o Pacto da Sociedade das Nações, de 1919, por sua vez, previa justamente, em seu art. 23, a obrigação dos Estados, ressalvadas as normas de tratados preexistentes, de “assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança nos seus próprios territórios, bem como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e de indústria e, para esse fim, fundarão e manterão as necessárias organizações internacionais”.

A OIT, como observado pela doutrina clássica, consagrou-se como a primeira organização internacional do século XX caracterizada pelos elementos

19 Preâmbulo da Constituição da Organização do Trabalho, de 1919. Emendas subsequentes foram estabelecidas sem alterar a parte original ali contida, em 1922, 1934 e 1945. O texto atualmente em vigor da Constituição foi aprovado na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal – 1946) e tem, como anexo, a Declaração referente aos fins e objetivos da Organização, aprovada na 26ª Reunião da Conferência (Filadélfia -1944). O Brasil ratificou o instrumento de emenda da Constituição em 13 de abril de 1948, conforme o Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>.

institucionais que hoje são reconhecidos no Direito Internacional: a criação por um tratado constitutivo, a estrutura e funções atribuídas a órgãos próprios, e a existência de uma personalidade jurídica internacional independente de seus membros. Segundo seu tratado constitutivo, os principais órgãos da OIT são: i) a conferência tripartite – (ou Conferência Internacional do Trabalho); (ii) um órgão executivo tripartite – (ou Conselho de Administração); (iii) uma secretaria permanente – (a Repartição Internacional do Trabalho).

Ademais, em uma economia globalizada, como a que temos na atualidade, as normas internacionais do trabalho constituem um componente essencial do marco regulatório internacional geral para garantir que o crescimento econômico dos Estados seja benéfico para todos. Nessa mesma realidade contextual, é tarefa das instituições que lidam com as normas internacionais do trabalho a de assegurar máximo implemento ou cumprimento das obrigações multilaterais assumidas e os princípios e normas fundamentais em matéria laboral, como a dignidade do trabalhador, a liberdade sindical, a remuneração justa, dentre tantos outros.

2.2 – Fontes do Direito Internacional do Trabalho

A natureza do Direito Internacional do Trabalho e a sistemática de suas fontes sempre foram temas de importantes discussões doutrinárias, em particular pela evolução dos princípios gerais da disciplina, a intensa produção normativa da OIT, tanto em relação aos tratados e convenções celebrados sob seus auspícios quanto pelas decisões adotadas pela Organização e as recomendações dirigidas aos Países-Membros²⁰. Também se destacam a doutrina e a jurisprudência em matéria de Direito Internacional do Trabalho, especialmente quanto à orientação adotada pelos comitês especiais da OIT na solução de controvérsias nesse domínio²¹.

É evidente que o repertório das fontes do DIT não se restringe às normas produzidas pela Organização Internacional do Trabalho, sendo suas convenções multilaterais as mais importantes. No entanto, outros instrumentos foram elaborados por organizações internacionais de vocação regional, como o Conselho da Europa e a Organização Árabe do Trabalho, além dos atos comunitários emanados da União Europeia²².

20 Na atualidade, a OIT conta com 185 Membros, tendo adotado 189 convenções, 5 protocolos e 201 recomendações (*status* 2012). Dados gerais podem ser consultados em: <<http://www.ilo.org/normlex>>.

21 Cf., por exemplo, base de dados *Normlex* relativa aos casos submetidos ao Comitê de Liberdade Sindical. Disponível em: <<http://www.ilo.org/normlex>>.

22 Cf. SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. cit., p. 65, § 85.

A Organização Internacional do Trabalho manteve, nas últimas décadas, intensa cooperação horizontal com as mencionadas organizações, criando ambiente favorável à multiplicação de normas do trabalho a fim de estabelecer convergência das formas de regulamentação das relações laborais internas e internacionais. O objetivo principal é justamente aquele de promover as oportunidades para homens e mulheres, com acesso a trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, igualdade, segurança, dignidade e diálogo social²³. Esses são, aliás, o conjunto de valores que permeiam as normas internacionais do trabalho.

Nota-se, assim, que as fontes normativas do DIT encontram-se, na atualidade, extremamente inter-relacionadas com a cooperação entre Estados e organizações internacionais. A OIT coopera com outras organizações na preparação de textos de tratados, decisões e recomendações, de modo a assegurar um grau satisfatório de coordenação. Isso ocorre com a participação de observadores em reuniões e conferências diplomáticas, e também em sessões de comitês especializados, de modo a facilitar o intercâmbio de experiências e o controle dos mecanismos de produção normativa no domínio do Direito Internacional do Trabalho.

Há tratados em outras matérias, como em Direitos de Autor e Conexos, que refletem a cooperação entre organizações, como a participação conjunta da então União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (hoje integrante da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e a OIT na elaboração e monitoramento da Convenção de Roma para a Proteção dos Artistas e Intérpretes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão, de 26 de outubro de 1961 (Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965)²⁴.

2.3 – A OIT e as convenções internacionais do trabalho

As convenções internacionais do trabalho adotadas sob os auspícios da OIT são tratados multilaterais especiais, preparados e negociados pelas delegações dos Membros e representantes de empregadores e trabalhadores

23 Cf. informações oferecidas pela OIT em sua apresentação de objetivos em <<http://www.ilo.org/ifpdial/lang--en/index.htm>>.

24 SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. cit., p. 65, § 88. Destacam-se, ainda, os trabalhos conjuntos da OIT e UNESCO na adoção de importantes recomendações em matéria trabalhista relacionada à educação, como a Recomendação sobre o Estatuto do Pessoal Docente, adotada em Paris em 5 de Outubro de 1966. Sobre a cooperação da OIT com outras organizações, cf. WOLF, Francis. L'interdépendance des conventions internationales du travail. In: *Recueil des Cours*, vol. 121 (1967), p. 165 e ss.

com o objetivo de estabelecer princípios e direitos fundamentais relativos ao trabalho²⁵. Por força das normas da Constituição da OIT, elas devem ser submetidas aos respectivos Estados e seus poderes competentes para aprovação e posterior ratificação²⁶.

As recomendações, também adotadas pela OIT, funcionam como diretrizes ou comandos não vinculantes (*soft law*) e que buscam complementar o objetivo das convenções, especificando como elas podem ser aplicadas na prática pelos Países-Membros da Organização. Em larga medida, as obrigações multilaterais do trabalho, assumidas nas convenções da OIT, e as recomendações expressam os principais atos normativos no contexto da Organização.

É importante observar que tanto as convenções como as recomendações são adotadas na Conferência Internacional do Trabalho, que se reúne anualmente, e a obrigação imediata para qualquer Membro da OIT é justamente aquela de submeter os textos das convenções adotadas aos seus respectivos parlamentos ou congressos nacionais para aprovação.

O principal objetivo das competências normativas da OIT é o de permitir que os Países-Membros ratifiquem as convenções ali adotadas, num sistema que, muito frequentemente, diferencia-se dos métodos tradicionais de negociação, conclusão, ratificação e entrada em vigor dos tratados internacionais em geral.

Em especial, uma convenção da OIT que tenha sido ratificada por determinado Estado-Membro entra em vigor após um ano da data de ratificação. Disso decorrem duas *obrigações fundamentais de submissão*: a de aplicação das normas nos ordenamentos internos e a de notificação à Repartição Internacional dos relatórios sobre aplicação em intervalos periódicos²⁷.

Qualquer Estado-Membro, no entanto, tem obrigação de informar à OIT sobre as medidas adotadas internamente para conformar-se às normas internacionais do trabalho, podendo ser objeto de reclamação e procedimentos com base na alegada violação de uma convenção que por aquele tenha sido ratificada e descumprida. Segundo Xavier Beaudonnet:

“En virtud de la Constitución de la OIT, los convenios internacionales del trabajo crean obligaciones jurídicas específicas a los Estados Miembros, independientemente de que medie o no ratificación. Es el caso

25 Emprestamos aqui a terminologia das “convenções especiais”, mencionada no Artigo 38.1 (a) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como integrante do rol das fontes do Direito Internacional Público.

26 cf. art. 19 da Constituição da OIT.

27 Art. 19.5 para convenções da OIT e Artigo 19.6 para recomendações dela emanadas.

de la *obligación de sumisión*, en virtud de la cual cada Estado debe, en un plazo de doce meses, o dieciocho meses máximo, presentar los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia, a la autoridad encargada de legislar sobre los temas tratados por el instrumento respectivo.

Con respecto a los convenios, la obligación de sumisión tiene como objetivo permitir un debate nacional sobre su eventual ratificación. Asimismo, los Estados Miembros que no hayan ratificado un convenio, están no obstante, en la obligación de rendir una memoria sobre el estado de su legislación y la práctica interna relativa al contenido de dicho convenio, así como sobre las perspectivas de ratificación si así lo decide el Consejo de Administración de la OIT.²⁸

A doutrina jusinternacionalista tem observado, com razão, algumas características distintivas concernentes aos tratados e convenções multilaterais da OIT²⁹, os quais, por sua dinâmica e existência especial na ordem internacional, transformaram, inclusive, a disciplina do Direito dos Tratados:

“i) ausência de assinatura ou firma na versão oficial do texto das convenções internacionais do trabalho³⁰; o que existe é a autenticação, pelo Presidente da Conferência Internacional do Trabalho ou pelo Diretor da Repartição Internacional do texto adotado;

ii) exceção à regra de apresentação do texto das convenções aos poderes competentes (e.g.: Congresso Nacional e parlamentos) pelo Executivo e subseqüente autorização para ratificação, considerando que as convenções internacionais do trabalho serão necessariamente submetidas pelo Executivo ao Legislativo para aprovação, por força do Artigo 19.5(b) da Constituição da OIT³¹;

28 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. 1. ed. Turin: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, p. 45.

29 Sobre o tema, ver VALTICOS, Nicolas. Un système de contrôle international: la mise en oeuvre des conventions internationales du travail. In: *Recueil des Cours*, vol. 123 (1968), p. 311 e ss.

30 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p. 215.

31 Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. cit., p. 241-42, §§ 44-45. Assim se manifestando: “(...) na aprovação de ato internacional, o Congresso se limita a autorizar o Executivo, e caso este queira, a ratificar e a promulgar o tratado. Vale dizer que, mesmo com a aprovação, o tratado, convenção ou acordo internacional não se completa, nem se torna obrigatório. Para tanto, depende ainda de ato do Executivo, cuja prática é confiada ao ajuizamento discricionário deste”. Atualmente o Decreto Legislativo apenas aprova o tratado. Pode-se acrescentar ainda que a aprovação de um tratado começa pela Câmara. A mensagem é enviada pelo Presidente ao Congresso Nacional. A citada mensagem é capeada por um aviso do Ministro Chefe do Gabinete Civil ao Secretário da Câmara dos Deputados”.

As convenções internacionais do trabalho representam uma exceção a esse princípio, uma vez que serão necessariamente submetidas pelo Executivo ao Legislativo para aprovação, em virtude do que estabelece o art. 19, n. 5, letra b, da Constituição da OIT. Essa é a interpretação oficial da OIT. Entretanto, o Brasil já sustentou que as convenções só seriam submetidas ao Legislativo se o Executivo assim o entendesse. Nesse sentido está a nota da Delegação Brasileira ao BIT em 1951 e a prática do Ministério do Trabalho naquela época. Atualmente o Brasil segue a orientação da OIT e envia a convenção ao Congresso.

iii) admissão de ratificação condicional, segundo a qual a data de entrada em vigor da convenção é subordinada à sua posterior ratificação por outros Estados, o que se justificaria pela concorrência econômica internacional e pelo fato de as convenções internacionais do trabalho serem aprovadas por voto individual dos representantes na OIT e não pelos Estados apenas³²;

iv) o Estado que não ratifica uma convenção da OIT pode ser questionado pela Organização sobre as razões da recusa, nascendo de tal solicitação a obrigação de informar;

v) impossibilidade de reservas às convenções internacionais do trabalho, a não ser quando expressamente previstas pelos Membros em seu texto; isso porque na OIT não existe um mecanismo de aprovação das reservas, sobretudo pela dificuldade que haveria para consultas às demais partes negociadoras dos tratados³³;

vi) do ponto de vista do direito interno, a aplicabilidade das normas das convenções da OIT ratificadas por determinado País-Membro não se subordina ao princípio da reciprocidade, o qual somente pode ser invocado em situações excepcionais, em tratados que os tenham previstos e entre Estado e Estado, e não relativamente a uma organização internacional³⁴;

vii) Monitoramento e controle da aplicação das convenções não ratificadas pela OIT, o que faz com que os Membros a executem mesmo diante da ausência de ratificação ou busquem comprovar boa-fé na implementação de práticas conformes às normas dos tratados adotados³⁵;

32 Vale destacar que, nas Conferências Internacionais do Trabalho, participam delegações dos Estados e representações econômicas (patronais) e profissionais (trabalhadores). As convenções não são assinadas, porém, autenticadas pelo Presidente da Conferência ou pelo Diretor da Repartição Internacional.

33 Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. cit., p. 268-69 § 73-B: “Tal fato decorre da dificuldade de se consultar as demais partes no tratado, tendo em vista que os representantes dos patrões e empregados participam na mesma posição dos representantes dos governos na elaboração da convenção. Assim as convenções internacionais do trabalho não estão sujeitas a reservas, mas elas têm ‘cláusula de flexibilidade’, que dá aos Estados uma certa elasticidade na sua aplicação. Acresce ainda que mesmo no caso de convenções não ratificadas a OIT pode exigir dos Estados relatórios sobre como eles agem e agirão na matéria objeto da convenção. No caso da liberdade sindical, o Estado tem que respeitá-la mesmo sem ratificar qualquer convenção sobre a matéria. Alguns princípios gerais se transformam em norma costumeira”. Trata-se justamente de uma inversão da faculdade das reservas em matéria de tratados, pois elas surgem em virtude da intervenção do Poder Legislativo para aprovação do tratado. E o Legislativo, ao aprovar o texto do tratado, formula ressalvas que se tornam obrigatórias para o Executivo para que ele pretenda ratificar o tratado.

34 Cf. BEAUDONNET, Xavier. *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. 1. ed. Turin: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009. p. 45,

35 Na precisa opinião do Professor MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. cit., p. 218: “A conclusão a que podemos chegar é que a ratificação, no seu sentido tradicional de ato do Executivo após aprovação do tratado pelo Legislativo, se encontra em decadência”.

viii) Vinculação da observância e aplicação das normas das convenções multilaterais aos trabalhos de comitês e comissões de monitoramento na OIT.”

As particularidades dos procedimentos de elaboração, adoção (nos quais concorre, como examinado, a participação plural de representantes dos Estados, trabalhadores e empregadores) e a implementação das convenções da OIT revelam que as normas internacionais do trabalho são parte de um corpo ou constelação normativa integrada, ao invés de uma série de tratados distintos ou sucessivos sobre matérias afins³⁶.

Essa racionalidade tem consequências sobre a interpretação das normas convencionais: em caso de dúvidas, as convenções da OIT devem ser interpretadas sistematicamente, preferencialmente com referência a todo o articulado que constituem. Tanto é assim que nos trabalhos preparatórios da OIT, os negociadores tomaram o cuidado de evitar contradições textuais e normativas, apontando para uma regra de interpretação evolutiva e conforme às normas convencionais preexistentes³⁷.

Francis Wolf³⁸ observa, por exemplo, que a complementaridade das convenções internacionais do trabalho se explica pela interdependência de certos fatores, comuns à elaboração e adoção das normas e sua relação com a Constituição da OIT:

“A interdependência das convenções internacionais do trabalho é evidentemente mais pronunciada à medida que vários fatores entram em jogo. Primeiramente, as convenções são todas derivadas de um mesmo molde: são apresentadas inicialmente em suas minutas, elaboradas e adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, de acordo com procedimentos uniformes prestabelecidos. Em segundo lugar, as

36 Cf. SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. cit., p. 89, § 162.

37 Essa mesma técnica foi empregada, por exemplo, pelos negociadores do GATT na Rodada Uruguai do GATT, em 1994, na elaboração de normas do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio e acordos comerciais multilaterais, todos incorporados ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 1.355/94.

O Artigo 2.2 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio (TRIPS), anexo IC do Acordo Constitutivo da OMC, assim estabelece: “Nada nas Partes I a IV deste Acordo derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados”. Ali existe uma importante regra de interpretação que busca preservar coerência e compatibilidade mínimas entre tratados internacionais, ainda quando estes tenham sido negociados em distintos foros: no caso, na OMPI e OMC.

38 L'interdépendance des conventions internationales du travail. In: *Recueil des Cours*, vol. 121 (1967), p. 113.

convenções internacionais do trabalho situam-se no quadro geral da Constituição (da OIT), são todas de uma mesma natureza jurídica. Em terceiro lugar, elas têm diversas funções estreitamente relacionadas umas com as outras. Em quarto lugar, as condições nas quais se desenvolve a elaboração das convenções do trabalho podem ser destacadas, ressaltadas e, se necessário, enfatiza-se sua interdependência; não somente é evitado qualquer conflito com as obrigações decorrentes das convenções, como esforços contínuos são feitos para fazer com que suas obrigações, se aceitas, sejam complementares.”³⁹

Do mesmo modo, é importante destacar o *caráter inovador* das convenções trabalhistas para o desenvolvimento de duas disciplinas mais importantes que regulam a vida internacional das pessoas no plano internacional: o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Fundamentalmente, o conjunto de tratados adotados sob os auspícios da OIT teve papel de modernização das competências e técnicas de elaboração das normas internacionais, portanto, do *treaty-making power*, pelos Estados e organizações internacionais.

Primeiro, porque buscam disciplinar certos aspectos das relações jurídicas laborais, que podem ser tanto públicos como privados, nos ordenamentos internos dos Membros da OIT. Trata-se, como observa Virginia Leary⁴⁰, de um objetivo expresso e deliberado dessas convenções e das próprias competências da Organização. A utilização dos tratados como instrumentos normativos formais permitiu melhorias importantes – quantitativas e qualitativas – na estrutura e função dos direitos sociais e laborais tutelados e desenvolvidos nos ordenamentos internos; dos padrões de vida dos trabalhadores e das relações de diálogo social e de emprego nos Países-Membros da OIT.

Segundo, porque o regime de elaboração e produção normativas das convenções do trabalho, como examinado acima, apoia-se em uma estrutura negociadora *tripartida* ou *tripartite*: não apenas delegados dos Países-Membros

39 Tradução livre do original: “L’interdépendance des conventions internationales du travail est évidemment d’autant plus marquée que divers facteurs entrent en jeu. Premièrement, les conventions sont toutes issues d’un même moule: elles sont mises en chantier, élaborées et adoptées par la Conférence internationale du Travail selon des procédures uniformes pré établies. En second lieu, les conventions internationales du travail, se situant dans le cadre général de la Constitution, sont toutes d’une même nature juridique. En troisième lieu, elles sont diverses fonctions étroitement liées les unes aux autres. En quatrième lieu, les conditions dans lesquelles s’effectue la rédaction des conventions internationales du travail permettent de souligner tout particulièrement et, le cas échéant, de renforcer leur interdépendance; non seulement tout conflit quant aux obligations prévues par les diverses conventions est, bien entendu, évité, mais des efforts constants sont déployés afin que ces obligations, si elles sont acceptées, se complètent”.

40 *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. The Hague: M. Nijhoff/Brill, 1982, p. 6 e ss.

decidem sobre o texto dos tratados, como também representantes de empregadores e trabalhadores. Trata-se de uma característica que definitivamente não foi perseguida por organizações internacionais mais jovens, inclusive outras agências especializadas das Nações Unidas. Mais um aspecto, portanto, da singularidade ou especialidade das fontes convencionais do Direito Internacional do Trabalho.

Os instrumentos adotados pela OIT também foram precursores dos numerosos tratados de direitos humanos (nos níveis multilateral e regional) que seguiram e se multiplicaram após o término da Segunda Guerra Mundial. Normas internacionais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa foram sendo gradativamente positivadas, como mesmo demonstra a evolução conceitual e valorativa da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e da entrada em vigor dos Pactos de 1966 sobre Direitos Cíveis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotados pelos Membros das Nações Unidas.

Pode se dizer, portanto, que as fórmulas das Convenções da OIT aperfeiçoaram categorias de tratados destinados à criação de normas gerais (*substantive law-making treaties*), existentes anteriormente em outras matérias, como em regulamentação postal e telegráfica; proteção dos direitos de propriedade intelectual (e.g.: as convenções adotadas pelos países da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial e da União de Berna para Proteção das Propriedades Literárias e Artísticas); transportes fluviais e terrestres e proteção contra combatentes de guerra.

No limite, todos eles são tratados multilaterais que resultaram, efetivamente, em melhorias substanciais na qualidade de vida dos indivíduos nas ordens internacional e internas. Sobretudo se contextualizados num espaço de tempo – final do século XIX e meados do século XX – em que as distâncias territoriais, crises, guerras e conflitos humanos eram ainda mais significativos⁴¹.

2.4 – A OIT e as convenções fundamentais

Desde sua criação, a OIT serviu de importante foro multilateral para negociação e adoção de convenções internacionais em matéria de direito do trabalho, tarefa que lhe permitiu consolidar um conjunto de normas especiais destinadas à regulamentação de uma variedade de relações sociais laborais, sob o fundamento da justiça social, além da preocupação com a efetividade e a aplicação dessas normas entre os Países-Membros.

41 Sobre isso, cf. BASSO, Maristela. *Direito Internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; LEARY, Virginia. *International Labour Conventions and National Law*, p. 6-7.

O desenvolvimento das normas internacionais do trabalho assentou-se num regime global de instrumentos internacionais concernentes às relações laborais e de política social, estruturado sob três pilares, como será examinado: i) governança; ii) mecanismos de controle de aplicação das normas; iii) procedimentos especiais para apreciação de casos relativos à violação de obrigações internacionais do trabalho.

Justamente por essa razão, diz-se que o Direito Internacional do Trabalho, para além de ser um regime autônomo (*self-contained regime*), fruto da especialização das vertentes internacionais do Direito, compõe-se de um repertório de mecanismos de caráter intrusivo, por requerer dos Países-Membros a adaptação, modernização e modificação de seus direitos domésticos com o objetivo de fazer cumprir as obrigações multilaterais assumidas no âmbito da organização⁴².

As chamadas convenções fundamentais da OIT são parte integrante da Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho de 1998 e destinam-se à ratificação e aplicação por todos os Membros da Organização. São oito as convenções internacionais cronologicamente consideradas, e o Brasil apenas não ratificou a Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical:

“i) *Convenção nº 29 relativa à eliminação do trabalho forçado de 1930*⁴³: regulamenta obrigações sobre a proibição do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Entre as exceções, contudo, estão o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos;

ii) *Convenção nº 87 relativa à Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização de 1948*: estabelece a liberdade associativa para fins sindicais e o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações representativas de interesses e de a elas se afiliarem, sem prévia autorização; a Convenção dispõe de outras garantias institucionais para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas e governamentais.

iii) *Convenção nº 98 relativa ao Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva de 1949*⁴⁴: estabelece proteção contra atos ou condutas

42 ALVAREZ, Jose E. The new treaty makers. In: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, p. 222 e ss.

43 Cf. Decreto nº 41.721, de 25.06.57.

44 Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27.08.52, e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 42.288, de 19.09.57.

de discriminação que busquem limitar ou cercear a liberdade sindical (práticas antissindicais) eventualmente endereçadas a organizações de trabalhadores e de empregadores; proibições expressas contra atos de ingerência de umas nas outras, e medidas de promoção da negociação coletiva entre as partes, para facilitação do diálogo tripartite – entidades de trabalhadores, empregadores/empresas e autoridades governamentais;

*iv) Convenção n° 100 relativa à Igualdade de Remuneração de 1951*⁴⁵: estabelece normas relativas à assimilação de direitos de remuneração e benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor, portanto, medidas antidiscriminatórias concernentes à remuneração;

*v) Convenção n° 105 relativa à Abolição do Trabalho Forçado de 1957*⁴⁶: estabelece proibição do recurso a toda e qualquer forma de trabalho forçado ou compulsório como meio de coerção ou de educação política; castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; mobilização de mão de obra; como medida disciplinar no trabalho; punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.

*vi) Convenção n° 111 relativa à Discriminação (Emprego e Ocupação) de 1958*⁴⁷: estabelece a formulação de políticas nacionais que visem eliminar toda a discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento;

*vii) Convenção n° 138 relativa à Idade Mínima de 1973*⁴⁸: objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular que a idade mínima de admissão ao emprego não deverá ser inferior à idade de conclusão do ensino obrigatório.

*viii) Convenção n° 182 relativa às Piores Formas de Trabalho Infantil de 1999*⁴⁹: defende a adoção de medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil.”

Ao lado das convenções fundamentais, outros instrumentos da OIT, por fazerem referência a temas de singular importância no Direito Internacional

45 Cf. Decreto n° 41.721, de 25.06.57.

46 Cf. Decreto n° 58.822, de 14.07.66.

47 Cf. Decreto n° 62.150, de 19.01.68.

48 Cf. Decreto n° 4.134, de 15.02.02.

49 Cf. Decreto n° 3.597, de 12.09.00.

DOCTRINA

do Trabalho e concernentes às relações sociais do trabalho, foram classificados como *convenções prioritárias* ou *convenções de governança*. São elas:

“i) *Convenção nº 81 relativa à inspeção do trabalho de 1947*⁵⁰: estabelece a manutenção de um sistema de inspeção do trabalho nos estabelecimentos industriais;

ii) *Convenção nº 122 relativa à política de emprego de 1964*⁵¹: dispõe sobre o estabelecimento de uma política ativa para promover o emprego estimulando o crescimento econômico e o aumento dos níveis de vida;

iii) *Convenção nº 129 relativa à inspeção do trabalho na agricultura de 1969*⁵²: trata da manutenção de um sistema de inspeção do trabalho na agricultura, aplicável a empresas agrícolas nas quais trabalham empregados ou aprendizes, independentemente da forma de remuneração e à natureza, forma ou duração do seu contrato de trabalho; e

iv) *Convenção nº 144 relativa à Consulta Tripartite de 1976*⁵³: dispõe sobre a consulta efetiva entre representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores sobre as normas internacionais do trabalho.”

Em outro bloco de convenções da OIT, estas são agrupadas em doze subcategorias distintas, a saber, *convenções técnicas*: (i) direitos humanos básicos; (ii) emprego; (iii) políticas sociais; (iv) administração do trabalho; (v) relações industriais; (vi) condições de trabalho; (vii) segurança social; (viii) emprego de mulheres; (ix) emprego de crianças e jovens; (x) trabalhadores migrantes; (xi) trabalhadores indígenas; e (xii) outras categorias especiais.

Essa classificação das Convenções da OIT em *fundamentais*, *prioritárias* e *técnicas* foi produto da elaboração da própria organização e que sistematiza as normas de acordo com sua generalidade, especialidade e caráter essencial ou fundamental, sobretudo quanto à relação por elas mantidas com a sua carta constitutiva, a Declaração da Filadélfia, de 1944, e, mais recentemente, a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho de 1998⁵⁴.

50 Decreto nº 41.721, de 25.06.57.

51 Decreto nº 66.499, de 27.04.70.

52 Não ratificada pelo Brasil.

53 Decreto nº 2.518, de 12.03.98

54 Para uma visão geral dos instrumentos, cf. <<http://www.ilo.org/normlex>>.

2.5 – Relação entre as normas das convenções da OIT e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Paralelamente à existência e atuação da OIT, os trabalhos das Nações Unidas levaram à adoção da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 – como resposta ao reconhecimento da positivação dos direitos fundamentais no plano internacional.

Entre eles foram também afirmados direitos essenciais relativos ao trabalho, resumidos, especialmente, no Artigo XXIII da Declaração, que consagra os seguintes direitos e liberdades individuais: direito ao trabalho, livre escolha de emprego, condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego, além de igualdade salarial; direito à remuneração justa e satisfatória para a existência individual e da família e uma existência compatível com a dignidade humana, assegurados outros meios de proteção sindicado.

E, por fim, estabelece o Artigo XXIII que “toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses”⁵⁵.

Como observado por Swepston⁵⁶, em 1948, havia dois surpreendentes desenvolvimentos na área então nascente do Direito Internacional dos Direitos Humanos: o primeiro, no tempo, foi a adoção da Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical, da OIT; o segundo, a adoção da Declaração de Direitos Humanos alguns meses depois (dezembro de 1948). Isso é o que permitiu, inclusive, que a íntima relação entre os instrumentos guiasse, posteriormente, os mecanismos de supervisão e monitoramento da OIT nesse domínio. A interação entre as normas internacionais favoreceu, portanto, o fortalecimento dos direitos humanos do trabalhador nos Membros das Nações Unidas e OIT⁵⁷.

Na esteira da positivação dos direitos fundamentais no plano internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966⁵⁸, por sua vez, também estabelece uma série de deveres dos Estados e também para os particulares, sobretudo quanto à proibição de escravidão, tráfico de escravos, servidão, trabalho forçado ou obrigatório (art. 8º). Especificamente em relação à liberdade sindical, seu art. 22 assim estabelece:

“Art. 22.

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

55 Art. XXIII: 4 da Declaração de Direitos Humanos de 1948.

56 “Human rights law and freedom of association”, cit., p. 169.

57 Esse é o reflexo, inclusive, do *status* de agência especializada das Nações Unidas, ocupada pela OIT no conjunto das organizações internacionais contemporâneas.

58 Incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 592/92.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos a liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.”

Das normas convencionais acima analisadas, é possível constatar que os Membros das Nações Unidas (ONU) reconheceram e positivaram o direito de sindicalização no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana, assegurando a liberdade sindical em plenitude e de constituição de sindicatos e de participação em suas respectivas entidades ou organizações. E mais, o Artigo 22.3 estabelece uma obrigação para os Estados-Partes, conexas à Convenção nº 87, que se justifica pela observância de um País-Membro da OIT que tenha ratificado e que seja Estado-Parte do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos de 1966.

O direito de sindicalização também foi levado em consideração pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, cujo art. 8º estabelece a obrigação, de caráter programático, para os Membros da ONU de assegurar o conteúdo mínimo do que seria a liberdade sindical:

“1. Os Estados-Partes do presente pacto comprometem-se a garantir:

a) o direito de toda pessoa de fundar com outras sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente à organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito desta de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;

c) o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;

d) o direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venha a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção.”

Esse dispositivo basicamente reitera os princípios estabelecidos na Convenção da OIT nº 87 sobre liberdade sindical e proteção do direito sindical, como será examinado no item 3 abaixo, e também acrescenta referência expressa ao direito de greve, que é, na lógica do Pacto de 1966, um direito fundamental do trabalhador⁵⁹. Por outro lado, ela autoriza amplas exceções aos direitos concedidos a funcionários públicos, e limitações ao direito de sindicalização quando necessárias para o atendimento dos interesses de segurança nacional, ordem pública ou de proteção dos direitos e liberdades de outros indivíduos.

O Artigo 8.3, no entanto, faz ressalva, expressa, às normas da Convenção da OIT nº 87 no que diz respeito aos seus Estados Partes, o que sugere, pela especialidade da matéria ali regulada, que os Países-Membros das Nações Unidas preservaram o regime mais favorável para trabalhadores e empregadores como reflexo do amplo exercício das liberdades associativas para fins sindicais⁶⁰.

É importante observar que o caráter programático de muitas normas do Pacto de 1966 sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrecacha-se com o caráter da aplicação imediata (*self-executing*) das normas do Direito Internacional do Trabalho, como seria o caso das normas substantivas das Convenções nº 87 e nº 98 da OIT. Por isso mesmo, as últimas empregam termos

59 Art. 8.1 (d) do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

60 Cf. Item 3 para exame aprofundado de certos dispositivos da Convenção nº 87 da OIT.

bastante objetivos para que os Membros possam aprofundar seus sistemas de relações laborais e sociais, portanto, em seus ambientes domésticos.

Em geral, os princípios internacionais do trabalho, de acordo com as Convenções e Recomendações adotadas sob os auspícios da Organização, não buscam impor um sistema específico. No entanto, as convenções fundamentais da OIT, por sua natureza, objetivos e âmbito de aplicação, estabeleceram níveis de hierarquia e relevância singulares no contexto das normas internacionais do trabalho, inclusive pelos efeitos intrusivos sobre os direitos internos, moldando e ajustando normas constitucionais dos Países-Membros. Não fosse assim, não teriam sido objeto de preocupação dos trabalhos dos Comitês da OIT.

2.6 – Observações quanto ao caráter essencial das convenções fundamentais da OIT

Em importante estudo sobre o Direito Internacional do Trabalho, Jean-Michel Servais⁶¹ observa que toda ordem jurídica interna deve integrar incontáveis fatores políticos, econômicos, sociais e culturais na formulação das suas normas, incluindo o componente histórico. Por isso, as convenções teriam de apresentar mais do que regras mínimas, isto é, princípios básicos que possam ser *transportados* ou *remetidos* para a maioria, senão todos, os sistemas nacionais.

O Direito Internacional do Trabalho, assim, objetiva reconciliar a defesa dos princípios gerais da liberdade, com respeito às características individuais de cada Estado-Membro da OIT, no que se refere à capacidade institucional doméstica para incorporar suas normas aos ordenamentos internos.

As relações coletivas em matéria de direito do trabalho são, naturalmente, tópico importante de análise, reflexão e discussão na OIT, o que fez com que os Membros assim as reconhecessem na Declaração de Copenhague sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*), de 1998⁶². A Declaração incluiu a liberdade sindical e efetivo reconhecimento do direito de negociação coletiva ao rol desses princípios, atribuindo-lhes o caráter de direitos essenciais do sistema e da racionalidade de funcionamento do próprio Direito Internacional do Trabalho.

61 *International Labour Law*. 3. ed. Halphen: Kluwer Law International, 2011, p. 111 e ss.

62 Os quatro princípios fundamentais nas relações de trabalho, segundo a Declaração de Princípios de 1998, são os seguintes: (i) liberdade de associação e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; e (iv) eliminação da discriminação com respeito ao emprego.

As relações coletivas do trabalho, como se sabe, constituem-se e se materializam entre empregadores (individualmente ou em grupo) e trabalhadores organizados em sindicatos ou de outra forma representados, e, em outras circunstâncias, entre estes e as autoridades públicas. Em particular, associações de empregadores e sindicatos desempenham um papel intermediário e ajudam o Estado a regular relações coletivas e greves com o melhor equilíbrio possível entre o interesse de todos⁶³.

Especificamente sobre as relações coletivas do trabalho, a OIT adotou dois instrumentos básicos relativos à liberdade sindical e negociação coletiva, como mencionado: a Convenção nº 87 sobre liberdade sindical e proteção do direito sindical de 1948, e a Convenção nº 98 sobre o direito de negociação coletiva de 1949, que são consideradas convenções fundamentais da OIT e “convenções irmãs”. A primeira é dedicada especialmente às relações entre empregadores, trabalhadores e suas organizações com os Estados e autoridades públicas, e a segunda, às relações entre empregadores, assalariados e suas respectivas associações.

Ainda que tenham sido concluídas no final da década de 1940, no contexto subsequente ao término da Segunda Guerra Mundial, da reconstrução do continente europeu e da retomada do desenvolvimento industrial, e poderiam ser consideradas, por uma leitura incauta e precipitada, ultrapassadas, as normas dessas convenções têm *caráter essencial* às relações laborais. Isso se deve, sobretudo, ao fato de elas preservarem o componente do *diálogo social* entre diferentes níveis de instituições da sociedade contemporânea: (i) empresas, (ii) trabalhadores e (iii) autoridades governamentais.

E, como é evidente, sem diálogo social não existem avanços e benefícios no contexto de otimização e concretização dos direitos sociais e laborais, que as constituições nacionais, a exemplo da Constituição de 1988, em larga medida buscam assegurar. Assim, as convenções fundamentais da OIT servem de espelho para salvaguarda de interesses coletivos e diretamente indutores de desenvolvimento social e humano.

Regras e princípios concebidos nesses instrumentos convencionais são complementados pelos trabalhos e recomendações dos órgãos supervisores da OIT, os quais, apesar do caráter não vinculante (*soft law*), fornecem orientações úteis para traduzir as disposições das convenções para a realidade nacional. Outras convenções internacionais do trabalho e recomendações incluem

63 SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. cit., p. 111.

orientações mais detalhadas na aplicação desses princípios gerais em certos domínios específicos⁶⁴.

As Convenções ns. 87 e 98 da OIT partem de um contexto social de reconhecimento universal: a *liberdade* (ou autonomia) que os atores privados – trabalhadores e empregadores – têm para formar seus próprios grupos de representação e de atuação, a partir de condições necessárias, se mínimas, para o desenvolvimento de suas organizações (o *determinismo sindical*). Para tanto, existe consenso de que tal objetivo venha contar com um quadro normativo internacional que estabeleça a independência das organizações e assegure a sua plena capacidade de agir nos diferentes contextos domésticos, portanto, nos Estados-Membros da OIT.

As convenções também consideram as relações bipartidas e tripartidas na esfera trabalhista, dependendo se autoridades governamentais estejam ou não envolvidas entre os ditos atores privados. O Direito Internacional do Trabalho propõe canais de comunicação, intercâmbio de experiências e procedimentos para que os Membros cooperem entre si e assegurem, minimamente, a interação equitativa entre os particulares e o Estado⁶⁵.

A Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, reforçou o caráter essencial dos direitos de sindicalização e negociação coletiva, afirmando-os como *direitos fundamentais das relações de trabalho*. Parte-se da constatação de que organizações de trabalhadores e empregadores independentes e o reconhecimento de seus direitos de entabular negociações coletivas são de importância crucial para a concretização das condições mínimas de trabalho, dos objetivos estratégicos da OIT e instrumentos para a governança do mercado de trabalho⁶⁶.

E mais, a Declaração ainda reforça a obrigação dos Membros de observância geral dessas normas e princípios fundamentais, independentemente de terem ou não ratificado as convenções da OIT dessa categoria:

64 *Idem*, p. 112 (assim se manifestando: “As convenções e recomendações da OIT enfatizam a importância das liberdades individual e coletiva de trabalhadores e empregadores, e boa harmonização entre eles para a boa administração corporativa. Esses são direitos fundamentais”).

65 *Idem*, p. 112-113.

66 Nesse sentido, essa modalidade de governança pode ser entendida como a aptidão das partes – Estados, empregadores e trabalhadores – de planejar, formular e implementar políticas, e cumprir as funções constitucionalmente estabelecidas. No contexto global, ela resulta em responsabilidades e transparência, igualmente. Sobre isso, cf. PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In: W. P. Heere, (Ed.), *From Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2004, p. 454 e ss.

“Todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções referidas (fundamentais), têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização, de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e em conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objetos dessas Convenções (...).”⁶⁷

A afirmação do caráter essencial das convenções fundamentais da OIT encontra justificativa na campanha global formulada pela Organização para minimizar os riscos de ingerência de autoridades governamentais (e, em certos casos, de lideranças ou facções políticas) no funcionamento das entidades sindicais. O acompanhamento dos relatórios de monitoramento produzidos pelo Comitê de Liberdade Sindical nas últimas décadas aponta para existência de condutas estatais ilícitas do ponto de vista internacional. Elas se baseiam, por exemplo, na suspensão arbitrária do funcionamento de certos sindicatos; intervenção governamental nos assuntos internos das entidades e associações; prisões, ameaças e assassinatos de líderes sindicais. Por essa razão, a Declaração teve o mérito de expor, em nível internacional, a necessidade de os Membros da OIT continuarem atentos à criação de normas domésticas conducentes com a responsabilidade internacional laboral e que assegurem garantias mínimas para o exercício dos direitos de sindicalização e negociação coletiva⁶⁸.

Essa nota característica das Convenções ns. 87 e 98 da OIT permite reforçar os elementos que ligam feixes ou grupamento de direitos coletivos do trabalho – direito de sindicalização e de negociação coletiva – às vertentes dos direitos fundamentais reconhecidos e positivados. São direitos passíveis, portanto, de uma análise centrada nos estágios atuais de *internacionalização* e

67 § 2º da Declaração:

“2. Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization, to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely:

(a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
 (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour;
 (c) the effective abolition of child labour; and
 (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”

68 Cf. informações sobre a Declaração de 1998 OIT em <<http://www.ilo.org/declaration/principles/freedomofassociation/lang--en/index.htm>>.

*especificação*⁶⁹. Internacionalização porque caminharam para uma pretensão de validade normativa universal, como demonstram as convenções de Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional do Trabalho. Especificação pois atendem a situações concretas de uma categoria determinada de indivíduos e grupos, aos quais são atribuídos direitos.

A orientação dos tribunais da Justiça do Trabalho no Brasil tem ainda, de modo muito tímido, enfatizado a necessidade de observância das normas internacionais originadas das convenções fundamentais da OIT e seu caráter essencial afirmado pela Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998⁷⁰. Isso parece fazer despertar, como será examinado, a demanda pela interpretação minimamente consistente e interativa das normas constitucionais vigentes, em particular aquelas relativas aos princípios da liberdade de associação e liberdade sindical, com os tratados de direitos humanos e do direito internacional do trabalho⁷¹.

Toda a análise precedente, portanto, importa para reconhecer e reiterar que as Convenções n° 87 e n° 98 do OIT consagram e incluem a liberdade sindical e o direito de sindicalização no rol dos *direitos fundamentais da pessoa humana*, razão pela qual não podem ser consideradas como simples normas internacionais convencionais quanto à sua aplicação no direito brasileiro.

69 Retomamos aqui a divisão sistemática de Gregório Peces-Barba (*Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1991, p. 134-173) para as fases da evolução histórica dos direitos fundamentais (processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação).

70 Cf. por exemplo, o acórdão do TST no AIRR n° 227940-81.2004.5.02.0018 – 1ª Turma – Rel. Lelio Bentes Corrêa – DEJT 25.02.2010 (cuja ementa parcialmente se transcreve “1. Nos termos da jurisprudência iterativa, atual e notória da SBDI-1 desta Corte superior, a imposição de contribuição assistencial em favor da agremiação sindical a empregados ou empresas a ela não associados ofende o princípio da liberdade de associação consagrado nos termos do art. 8º, inciso V, da Constituição da República. Tal dispositivo dá efetividade, no plano normativo interno, ao princípio erigido no art. 2º da Convenção n° 87 da Organização Internacional do Trabalho – instrumento que, conquanto ainda não ratificado pelo Brasil, inclui-se entre as *normas definidoras dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, conforme Declaração firmada em 1998, de observância obrigatória por todos os Países-Membros daquele organismo internacional*). Grifos nossos.

No mesmo sentido, cf. TST, *Sinthoresp vs. Bar e Lanches Alameda*, AIRR-112100-37.2008.5.02.0065, 2ª Turma, Ministro-Relator José Roberto Freire Pimenta, acórdão de 20 de junho de 2012; TST, *Sinthoresp vs. Aleção*, AIRR-140900-80.2008.5.02.0031, 1ª Turma, Ministro-Relator Lelio Bentes Corrêa, acórdão de 20 de junho de 2012; *Sinthoresp vs. Casa Branca*, AIRR-219540-27.2005.5.02.0056, 7ª Turma, Ministra-Relatora Delaíde Miranda Arantes, 27 de junho de 2012.

71 Cf. itens 5.2 e 5.3 *infra*.

3 – A CONVENÇÃO Nº 87 DE 1948 SOBRE A LIBERDADE SINDICAL COMO CONVENÇÃO FUNDAMENTAL DA OIT E MODELO PARA O DIÁLOGO SOCIAL

3.1 – Significado da Convenção nº 87 da OIT e o paradigma fundamental

A Convenção nº 87 da OIT, de 1948, consagra duplamente o princípio geral da liberdade de associação para fins sindicais (“liberdade sindical”) e o direito de sindicalização, entendido, fundamentalmente, como o direito de trabalhadores e empregadores reconstituírem ou formarem organizações que tenham por propósitos institucionais a defesa dos interesses das respectivas categorias⁷². Nesse sentido, o art. 2º da Convenção estabelece:

“Os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que considerem convenientes, assim como o de filiar-se a estas organizações, com a única condição de observar seus respectivos estatutos.”

O processo de negociação entre Estados – o qual conduziu à adoção da Constituição da OIT de 1944, considerou a liberdade de associação na esfera laboral *princípio essencial* para o funcionamento e aperfeiçoamento das condições de trabalho, bem como para a consecução da paz universal e duradoura. Observa-se, aqui, o evidente *caráter instrumental* desse princípio no campo do Direito Internacional do Trabalho, pois ele vincula os Membros a resultados esperados no contexto da aplicação das normas da Constituição da Organização.

Igualmente, a Declaração da Filadélfia, de 1944, documento adotado pelos Membros da OIT para estabelecer os fins e objetivos da Organização⁷³,

72 A Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi adotada na 29ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal – 1946) e o Brasil é parte originária, tendo-a incorporado ao seu ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 25.696/1948. Texto integral disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>.

73 É importante observar que tanto a Constituição da OIT como a Declaração da Filadélfia são consideradas instrumentos normativos fundantes e estruturantes dos fins e objetivos da Organização. A Declaração, adotada em 1944, no contexto dos contínuos efeitos nefastos da Grande Depressão e da Segunda Guerra Mundial, serviu, inclusive, para modelar o projeto dos negociadores da Carta das Nações Unidas, adotada em junho de 1945, em São Francisco, e a subsequente Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Daí não seria menos significativo enfatizar, como faz Flávia Piovesan (*Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 113), que o advento da Organização Internacional do Trabalho e adoção dos instrumentos internacionais subsequentes em matéria de direitos fundamentais foram marcos definidores de um novo alcance das obrigações internacionais – a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

DOCTRINA

reafirma o caráter indispensável, essencial, do princípio da liberdade de associação nas relações laborais, como prevê seu § 1º, alínea b:

“A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

(...)

b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto.”

A adoção da Convenção nº 87 representou, portanto, a etapa desejada e programada no contexto de esclarecimento e positivação de princípios e normas convencionados na esfera multilateral, buscando assegurar a proteção a direitos decorrentes da liberdade de associação na esfera laboral, com efeitos internos e internacionais. A esse instrumento, somou-se a importante Convenção nº 98 relativa ao Direito de Organização e Negociação Coletiva de 1949⁷⁴, que também passa a integrar o catálogo ou repertório das chamadas “convenções fundamentais” da OIT. Como mencionado, são atos internacionais caracterizados pela vocação de aplicação universal, destinados à observância de todos os Estados-Membros da Organização.

Como examinado no item 2.4 *supra*, entre as convenções fundamentais da OIT, o Brasil apenas não ratificou a Convenção nº 87, sobre Liberdade de Associação e Proteção do Direito de Sindicalização da OIT. Entre os argumentos retomados à época da tramitação do Projeto de Decreto Legislativo nº 58-A de 1984, para desaconselhar sua ratificação, estão justamente aquele da incompatibilidade entre o princípio da liberdade sindical consagrado pela Convenção nº 87 e aquele estabelecido no ordenamento brasileiro, em particular segundo as Constituições de 1946 e 1967⁷⁵.

Atualmente, em virtude da manifesta necessidade de revisão do tema, do movimento exercido pela sociedade civil organizada, pelas entidades representativas de interesses dos trabalhadores, pela nova realidade e dinâmica das relações laborais no século XXI, encontramos momento de oportuna reflexão para o ajustamento do direito brasileiro aos princípios do DIT que disciplinam a liberdade de associação e proteção do direito de sindicalização. A seguir são

74 Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, em 1º de junho de 1949, por ocasião da XXXII Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. Texto disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/portug/docs/C098.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

75 Parecer do Deputado Rocha Leão, de 14 de março de 1967, apresentado na relatoria da Comissão Permanente de Direito Social da Câmara dos Deputados, e republicado no Diário do Congresso Nacional, 17.08.84, p. 7.943 e ss.

examinados alguns dispositivos da Convenção nº 87 e a prática internacional relativa ao monitoramento do cumprimento das normas internacionais do trabalho.

3.1.1 – Âmbito de aplicação da Convenção nº 87

Os negociadores da Convenção nº 87 da OIT optaram por estabelecer um razoável grau de liberdade para os Membros determinarem as formas de cumprimento das obrigações ali assumidas, mantendo um núcleo mínimo de normas de funcionamento e de satisfação do direito de sindicalização nos contextos domésticos.

A Convenção aplica-se a todos os trabalhadores – individualmente e coletivamente considerados – que estejam submetidos às respectivas jurisdições ou ordenamentos dos Membros da OIT que as tenham ratificado⁷⁶. O art. 2º estabelece, por exemplo, que o direito de constituir ou formar organizações será exercido por organizações e trabalhadores, sem distinção de qualquer espécie. A única ressalva, prevista no Artigo 9.1, diz respeito à categoria das forças armadas e entidades da polícia, cujas formas de sindicalização ou organização, conforme previstas na Convenção, devem ser estabelecidas ou disciplinadas pela lei interna dos Membros.

A definição do termo “organização” é bastante ampla no sentido empregado pela Convenção nº 87, e prevê qualquer organização ou entidade formada ou constituída por trabalhadores ou empregadores, e que tenha por fim a promoção de defesa dos interesses em suas respectivas categorias (cf. art. 10).

3.1.2 – Direitos mínimos assegurados pela Convenção nº 87

Como mencionado, a Convenção nº 87 da OIT parte da consideração da necessidade de observância universal do princípio da liberdade de associação na esfera sindical, assegurando o direito, aos trabalhadores e empregadores, de constituir ou formar, independentemente de autorização prévia, organizações de

76 Trata-se da interpretação literal e sistemática dos arts. 1º e 15 da Convenção nº 87, que levam em conta a regra de que o ato normativo em questão somente obrigará os Membros da OIT, cujos instrumentos de ratificação tenham sido registrados pelo Diretor-Geral. Trata-se de uma técnica antiga na sistemática do Direito dos Tratados e que continua sendo adotada para os instrumentos adotados sob os auspícios da OMC, na parte dos dispositivos gerais e transitórios das convenções. Essa técnica, no entanto, é muito distinta daquela que tem sido empregada nos tratados e convenções de direitos humanos, cuja observância geral e universal, em larga medida fundada na existência de normas de *jus cogens*, impede que sejam feitas ressalvas quanto à ratificação ou escusas de um estado signatário quanto ao cumprimento das obrigações estabelecidas no texto convencional.

sua escolha, bem como direito de se filiar a essas organizações, sob a condição, apenas, de conformação aos respectivos estatutos⁷⁷.

Um dos significativos efeitos do art. 2º, para além da regra material ali contida, é o que assegura a livre constituição das organizações de representação de interesses dos trabalhadores e empregadores, repercutindo nas circunstâncias de formação, existência e validade dessas entidades. Trata-se da desnecessidade de autorização prévia, quer revestida de formalidades administrativas ou judiciais, quer de atos legislativos, para que as ditas organizações sejam criadas.

Do mesmo modo, da vertente funcional do princípio da liberdade associativa para fins laborais surge também o *direito de afiliação, participação ou credenciamento* em organizações já existentes, pelo qual trabalhadores e empregadores têm a opção de escolher se ingressam ou não na estrutura associativa estabelecida.

No limite, como se observa, a liberdade associativa em matéria laboral pressupõe ampla *autonomia privada* das partes – trabalhadores e empregadores – ou *livre escolha* do ambiente organizacional (aqui entendido como espaço institucional associativo) ao qual pretendem se integrar para exercício da defesa de interesses comuns, com a única condição de observância dos estatutos associativos⁷⁸.

O Artigo 3.1 da Convenção, por sua vez, estabelece o direito de as organizações criadas ou constituídas pelos trabalhadores e empregadores estabelecerem seus próprios atos associativos, estatutos, regulamentos administrativos e demais normas de funcionamento, de eleição livre de representantes, de gestão e formulação dos respectivos programas de ação.

“Art. 3.1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.”⁷⁹

O amplo *direito de gestão associativa* ou *gestão sindical* seria, assim, desdobrado em quatro categorias distintas, todavia, complementares:

“i) Direito à livre elaboração de estatutos e regulamentos administrativos;

77 Cf. fundamentalmente art. 2º da Convenção nº 87 da OIT.

78 Cf., por exemplo, art. 2º, parte final, da Convenção nº 87.

79 Do texto autêntico da Convenção – Art. 3 – *Workers' and employers' organisations shall have the right to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organise their administration and activities and to formulate their programmes.*

- ii) Direito à livre eleição dos representantes da organização/entidade;
- iii) Direito ao livre gerenciamento da organização/entidade
- iv) Direito à livre formulação ou concepção dos programas de ação.”

Outra categoria de direito fundamental decorrente da liberdade associativa em matéria sindical, estabelecido pela Convenção nº 87, é o direito à constituição de federações e confederações fundado, portanto, nas liberdades federativa e confederativa em matéria sindical. São direitos atribuídos às organizações criadas ou formadas por empregadores e trabalhadores, já existentes e operacionais nos Estados-Membros da OIT. E ele se aplica, por extensão, ao direito de federações e confederações de afiliar-se às entidades internacionais representativas de interesses de trabalhadores e empregadores.

Isso significa que o art. 5º da Convenção permite uma interpretação funcional: os principais endereçados ou titulares desses direitos são pessoas jurídicas representadas pelas organizações, entidades ou quaisquer outras formas associativas e as federações ou confederações existentes e atuantes nos territórios dos Membros.

3.1.3 – Salvaguardas aos direitos essenciais da Convenção nº 87 e deveres de abstenção pelos Estados-Membros da OIT

Como forma de delimitar salvaguardas aos direitos essenciais decorrentes da liberdade de associação na esfera sindical, *deveres de abstenção* correlatos são impostos aos Membros da OIT. A Convenção nº 87 expressamente proíbe autoridades públicas ou governamentais de intervir, sob qualquer modalidade, na existência e funcionamento das organizações. Estão compreendidos nessa proibição, por exemplo, quaisquer atos governamentais, administrativos, legislativos ou judiciais que objetivem limitar os direitos relativos à livre elaboração de estatutos; à eleição de representantes; à gestão das entidades e à livre formulação dos programas de ação (Art. 3.2).

Igualmente, a existência e funcionamento de entidades sindicais não podem ser atacados por atos administrativos de dissolução ou suspensão, o que ocorreria, por exemplo, mediante regulamentos, decretos ou portarias editados pelo Poder Executivo dos Membros (ou seus órgãos) com o objetivo de afetar a higidez, segurança e/ou atuação das organizações de trabalhadores e empregadores em seus respectivos sistemas domésticos⁸⁰.

80 A redação do art. 4º da Convenção nº 87 da OIT é objetiva o suficiente para estabelecer uma obrigação de abstenção por parte dos Membros da OIT ou qualquer modalidade de ingerência: “As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou à suspensão por via administrativa”.

A própria aquisição de personalidade jurídica de direito privado, por parte das entidades sindicais de trabalhadores e empregadores, federações e confederações, também é resguardada da intervenção excessiva e injustificada do Estado, como bem prevê o art. 7º da Convenção. Isso significa, à luz do dispositivo em questão, que o exercício dos direitos fundados na liberdade sindical, estabelecidos na Parte I da Convenção, não pode depender ou estar simplesmente condicionado a requisitos legais ou administrativos para aquisição da personalidade pelas organizações e entidades sindicais.

A Convenção, vale destacar, não proíbe os Membros da OIT de estabelecerem requisitos para que uma determinada organização tenha seus atos constitutivos ou estatutos arquivados em registros ou órgãos administrativos próprios, como seria exigido, por exemplo, para outras formas societárias ou associativas revestidas de personalidade jurídica de direito privado (sociedades empresárias, fundações, associações, institutos, etc.) e existentes em seus direitos internos. O art. 7º, no entanto, ressalva que o exercício dos direitos fundados na liberdade sindical não seja prejudicado por quaisquer condições ou requisitos estabelecidos para aquisição da personalidade jurídica de mencionadas organizações e entidades sindicais.

São justamente esses deveres de abstenção ou de não intervenção dos Membros na esfera de exercício dos direitos decorrentes da liberdade de associação em matéria sindical que constituem objeto de preocupação da OIT na constante tarefa de monitoramento da Convenção nº 87.

São temas que não saem da agenda contínua de trabalhos da Organização, em especial no tocante às funções atribuídas ao Conselho de Administração da Repartição Internacional relativas à apresentação periódica dos relatórios de implementação ou aplicação da Convenção⁸¹ – funções que também são compartilhadas com o importante Comitê de Liberdade Sindical da OIT.

O alcance de certos deveres de abstenção, previstos na Convenção nº 87, foi esclarecido em diversas oportunidades pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, a partir de reclamações e queixas contra determinados Membros, apresentadas por organizações sindicais, Membros e delegados na Conferência Internacional e Conselho de Administração da OIT⁸².

81 Art. 19 da Convenção nº 87 de 1948: “Ao termo de cada período de dez anos, contados da entrada em vigor da presente Convenção, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá da conveniência de ser inscrita na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial”.

82 Sobre as distinções entre reclamações e queixas nos mecanismos de procedimentos especiais perante o Comitê de Liberdade Sindical, cf. itens 3.3 e 3.4 *infra*.

Como se sabe, mecanismos de monitoramento da implementação de obrigações assumidas em tratados e convenções internacionais constituem um dos mais importantes institutos do Direito Internacional na atualidade. Conferem às Organizações Internacionais ampla legitimidade para a análise de situações jurídicas concretas relacionadas à violação de normas de tratados e os respectivos efeitos/consequências, oferecendo-lhes espaço para formulação de políticas, recomendações (*atuação preventiva*) e, até mesmo em determinados casos, sanção dos Estados infratores (*atuação repressiva*).

Em janeiro de 1984, por exemplo, o governo britânico adotou medidas cujo efeito era o de obrigar funcionários, contratados sob regime privado, para atuar na sede da agência pública de comunicações, em Cheltenham, a renunciar de suas afiliações com os sindicatos de que eram membros. As autoridades sustentaram que as medidas em questão seriam garantidas e justificadas por interesses de segurança nacional. Igualmente, a Convenção nº 151, sobre relações de trabalho no serviço público de 1978, teria estabelecido exceções em matéria sindical para trabalhadores cujas atribuições sejam revestidas de natureza altamente confidencial⁸³.

Chamado a se manifestar no caso, o Comitê de Liberdade de Associação da OIT rejeitou esse argumento, afirmando que a Convenção nº 87, sobre liberdade sindical, de 1948, assegura a todos os trabalhadores “sem distinção, seja qual for” a livre associação a sindicatos; o instrumento convencional foi adotado, entre Membros da OIT, para estabilizar a autonomia das organizações de trabalhadores, de modo a garantir que todos estes tenham liberdade de escolha e a opção de àquelas se afiliar. A Convenção nº 151, que foi adotada de modo suplementar à Convenção nº 98, de 1949, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva não poderia ser interpretada de modo a limitar a liberdade de associação. Não há nada nas Convenções ns. 98 e 151, continuou o Comitê, a indicar que o escopo de suas normas seria o de afastar dispositivos da Convenção nº 87; muito pelo contrário, requisitos das duas Convenções e os trabalhos preparatórios da Convenção nº 98 evidenciam a intenção oposta.

Igualmente, o Comitê observou que o art. 1º da Convenção nº 151 prevê que ela se aplica (do ponto de vista do âmbito subjetivo) a todas as pessoas autorizadas por órgãos ou entidades públicas, “na medida em que disposições mais favoráveis em outras convenções internacionais de trabalho não sejam a elas aplicáveis”. Se a Convenção nº 98 deixou intactos os direitos garantidos

83 Caso nº 1.261 (Reino Unido) – Reclamação apresentada em 14 de fevereiro de 1984.

para todos os agentes ou funcionários públicos, de acordo com a Convenção nº 87, então logicamente a Convenção nº 151 não poderia limitá-los⁸⁴.

Embora a natureza particular dos instrumentos da OIT possa, em determinadas circunstâncias, conduzir a efeitos distintos daqueles de tratados e convenções em outros regimes do Direito Internacional, não haveria nada que autorizasse, exceto por uma indicação expressa, tratamento menos favorável para categorias de sujeitos endereçados – os trabalhadores – no que tange ao exercício da liberdade de associação para fins sindicais. Seria ir muito além das regras da Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados, a qual não prejudica qualquer opção de interpretação evolutiva e integrativa para convenções cujos objetivo e escopo sejam afins e temporalmente coordenados. Esse parece ser, inclusive, o caso de muitas das convenções internacionais do trabalho adotadas, desde 1919, pela OIT.

3.2 – Interação entre a Convenção nº 87 e a Convenção nº 98 da OIT

Como observado anteriormente, existe inequívoca *interação evolutiva e sistêmica*, no conjunto das normas do Direito Internacional do Trabalho, entre a Convenção nº 87 e a Convenção nº 98, sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. Ela também se manifesta pelos efeitos aplicativos dos dispositivos dessas convenções no plano interno e internacional. Os instrumentos, como observado, incluem-se na categoria das convenções fundamentais da OIT⁸⁵.

84 Assim se manifestou o Comitê de Liberdade Sindical em seu Relatório, parágrafos 363-64:

“By its terms, the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) guarantees the basic right to form and join organisations of their own choosing to all workers without distinction whatsoever, including all public servants, whatever the nature of their functions, the only limitations permitted by the Convention concerning members of the armed forces and the police. Both the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations have always taken the view that the exclusion of public servants from this fundamental rights contravenes the Convention. Not only must all workers be granted the right to organize but, by virtue of Article 11, ratifying States must take all necessary and appropriate measures to ensure that workers may freely exercise that right. It follows that, instead of taking measures to enable the workers concerned freely to exercise the right to organise, the Government, by exercising powers “granted to it as government under the Employment Protection Act and then imposing restrictive terms of employment, has itself taken the action which has resulted in their loss of this right. This action therefore contravenes Articles 2 and 11 of Convention No. 87. Furthermore, the Committee cannot accept that Convention No. 151, which was intended to complement the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) by laying down certain provisions concerning, in particular, protection against anti-union discrimination and the determination of terms and conditions of employment as these relate to the public service in general, in anyway contradicts or dilutes the basic rights of association guaranteed to all workers by virtue of Convention No. 87”.

85 Cf. item 2.4 *supra*.

A Convenção nº 87, como é sabido, estabelece regras relativas à liberdade de associação na esfera sindical, proteção do direito de sindicalização propriamente dito, garantias institucionais a serem implementadas pelos Membros da OIT e deveres de abstenção atribuídos aos Estados. Esse feixe de direitos, deveres e salvaguardas integram o que a doutrina costuma chamar de “direitos sindicais essenciais”⁸⁶.

Essa abordagem, inclusive, norteou a OIT a manifestar-se incisivamente, por meio de Resolução, adotada na 54ª Conferência Internacional do Trabalho, de 1970, quanto à interface necessária entre liberdades civis do indivíduo e direitos sindicais. Segundo a Resolução de 1970, as liberdades civis essenciais ao exercício normal dos direitos sindicais incluem:

“(a) o direito à liberdade e à segurança pessoal e liberdade contra prisão arbitrária e detenção;

(b) liberdade de expressão e opinião e, em particular, a liberdade de sustentar opiniões sem interferência e de procurar, receber e transmitir informações e ideias, por qualquer meio e independentemente de fronteiras;

(c) liberdade de assembleia;

(d) o direito a um julgamento justo por um tribunal imparcial e independente, (e) o direito à proteção dos bens das organizações sindicais.”⁸⁷

A Convenção OIT nº 98 sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva de 1949, por sua vez, estabeleceu um conjunto de normas e princípios destinados à proteção dos trabalhadores e suas organizações ou entidades sindicais contra quaisquer *atos de intervenção* patronal que tenham por objetivo atentar contra a liberdade sindical em matéria laboral. Trata-se, portanto, de nítida matéria complementar ao objeto disciplinado pela Convenção nº 87.

86 Lee Swebston, Human rights law and freedom of association: cit., p. 176 e ss; Eric Gravel; Isabelle Duplessis, Bernard Gernigon. *The Committee on Freedom of Association. Its impact over 50 years.* Geneva: ILO, 2001, p. 7.

87 Cf. ILO: *Record of proceedings, International Labour Conference, 54th Session, Geneva, 1970*, p. 733-736. Tradução livre da seguinte passagem: “(a) the right to freedom and security of person and freedom from arbitrary arrest and detention; (b) freedom of opinion and expression and in particular freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers; (c) freedom of assembly; (d) the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal; (e) the right to protection of the property of trade union organizations”.

No âmbito dessa proteção estão, ainda, normas que buscam tutelar os sindicatos contra atos punitivos ou repressivos eventualmente direcionados pelos Estados (e suas autoridades e repartições governamentais) para limitar atividades rotineiras das organizações e a participação dos trabalhadores nas atividades sindicais e aquelas que são destinadas a regulamentar a relação entre empregadores e trabalhadores em matéria de condutas discriminatórias antissindicais.

O Artigo 1.2 da Convenção nº 98 reforça que a proteção objetivada pelos negociadores deve ser aplicada a atos destinados a:

“a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato;

b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.”

Igualmente, o Artigo 2.1 da Convenção nº 98 retoma os objetivos e propósitos da Convenção nº 87, ao estabelecer a obrigação dos Membros de oferecer proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência direcionados a organizações ou entidades sindicais de trabalhadores e empregadores. Esses atos, de acordo com a interpretação dada ao dispositivo, seriam aqueles potencialmente lesivos à “formação, funcionamento e administração” das organizações ou arbitrariamente invasivos nas respectivas esferas de autonomia das entidades sindicais⁸⁸.

Ainda segundo a Convenção, os atos de ingerência podem ser qualificados como “medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores” (Artigo 2.2).

Quaisquer condutas discriminatórias com intuito antissindical atingem, portanto, aspectos essenciais do direito de sindicalização, sobretudo porque resultam, na prática, em negativa ou recusa de garantias previstas em convenções fundamentais da OIT. Mesmo nos direitos internos dos Membros (e.g.: constituições nacionais, leis e regulamentos domésticos), a mera existência

88 A esse respeito, cf. Bernard Gernigon, Alberto Otero e Horacio Guido, “Freedom of Association”, In: ILO-BIT, *Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva: International Labour Organization, 2003, p. 16-17.

de normas gerais proibindo atos de discriminação antissindical não é insuficiente para assegurar a concretização do direito convencional de sindicalização, como previsto nas Convenções nº 87 e nº 98. Elas devem ser combinadas com procedimentos trabalhistas (em sede administrativa e jurisdicional) que sejam efetivos, não onerosos e imparciais, combinados com medidas dissuasivas (sanções, multas, suspensões) aplicadas às partes infratoras ou, ainda, a autotutela coletiva⁸⁹.

É importante ressaltar que a Convenção nº 98 também exige, dos Membros da OIT, a adoção de medidas adequadas para estimular ambientes de negociação coletiva entre as organizações sindicais de trabalhadores e empregadores ou entre organizações sindicais de trabalhadores e aquelas de empregadores, a fim de permitir a regulamentação das condições de emprego⁹⁰.

Nesse sentido, a Convenção nº 98 não apenas estabelece deveres de abstenção dos Membros, mas sugere a obrigação de criação de órgãos e procedimentos que permitam promover a negociação coletiva como máxima expressão do diálogo social. Como se trata de uma *obrigação de meio*, os Estados devem utilizar o potencial normativo e discricionário de seus órgãos para instrumentalização de direitos essenciais das entidades sindicais e trabalhadores, como, por exemplo, a criação de comitês conjuntos – em nível municipal, regional, setorial ou interocupacional – para facilitação de negociação coletiva⁹¹.

89 *Idem*, p. 16. Sobre o tema, ver, também, excelente estudo da Professora Alice Monteiro de Barros, *Condutas Antissindiais – Procedimento*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, vol. 59, 1999, p. 29-44 (observando que o art. 8º da CF/88 assegura o “exercício da liberdade sindical em sentido amplo”).

No que concerne à prática da OIT, destacam-se, aqui, as Recomendações feitas pelo Comitê de Liberdade Sindical, aprovadas pelo Conselho de Administração da Organização em sua 299ª Reunião, de junho de 2007, relativamente à representação formulada pelo Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES) contra condutas antissindiais levadas a cabo por certos estabelecimentos particulares de ensino superior no Brasil. O Comitê recomendou ao Estado brasileiro que adotasse “medidas necessárias para modificar a legislação, a fim de permitir aos trabalhadores a criação de organizações sindicais ao nível de empresa, se assim o desejarem”, o que remete justamente ao objeto problema do presente artigo – a adequação plena do sistema sindical brasileiro à Convenção nº 87 da OIT (Caso 2.523. In: *346.º Informe del Comité de Libertad Sindical*, junho de 2007). Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb299/pdf/gb-4-1.pdf>>.

Nesse caso, o Brasil foi instado a adotar medidas para investigar as razões e eventos que levaram a demissões de dirigentes sindicais e assegurar que elas não estariam em desconformidade com o exercício legítimo da atividade sindical pelas partes prejudicadas.

90 “Art. 4º Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.”

91 Cf. SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Law*. 3. ed. cit., p. 120.

Esses comitês poderiam servir, inclusive, de foros para adoção de recomendações, princípios e códigos de conduta em matéria de negociação coletiva. Em tempos de crise econômica, doméstica e internacional, pode haver, ainda, restrições injustificadas e indesejáveis ao exercício de direitos coletivos do trabalho, quer por parte dos Estados e seus governos, quer pelas empresas – eventos que não se compatibilizam com os objetivos do Direito Internacional do Trabalho.

Qualquer medida estatal – via leis internas, regulamentos, decisões judiciais ou administrativas – que tenha por objetivo afastar, derrogar, mitigar ou eliminar, no todo ou em parte, os direitos de sindicalização e negociação coletiva estabelecidos nas Convenções ns. 87 e 98 da OIT estaria, portanto, em desconformidade com normas internacionais que consagram direitos fundamentais da pessoa humana. Essa é a leitura que pode ser feita da interpretação combinada das normas das convenções internacionais de direitos humanos e das convenções fundamentais da OIT que fundamentam a liberdade sindical e o direito de sindicalização.

Por isso mesmo, uma interpretação consistente de dispositivos centrais dessas convenções, tais como o art. 3º da Convenção nº 87 e o art. 2º da Convenção nº 98, é necessária para preservar o equilíbrio entre a discricionariedade da atividade normativa do Estado (e.g., quanto à escolha dos métodos de implementação de obrigações multilaterais do direito internacional do trabalho em seus direitos internos ou poder de legislar) e o efetivo exercício dos direitos fundamentais da pessoa humana, em particular, a liberdade sindical e direitos de sindicalização.

E em caso de conflito, a solução mais adequada e proporcional é aquela que favoreça indivíduos e grupos, e não a ingerência estatal, especialmente porque deve predominar, segundo os cânones do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a prevalência dos interesses das partes vulneráveis, das vítimas e dos hipossuficientes.

Essa racionalidade ou pauta hermenêutica atinge uma série de situações concretas, que esbarram, inclusive, em decisões individuais ou coletivas sobre os locais de estabelecimento e atividade dos sindicatos e suas alternativas de filiação a associações e confederações internacionais. O Estado, não apenas por força de dispositivos constitucionais, mas, também, por garantias asseguradas por convenções internacionais, não poderia interferir na atuação de tais entidades, nem mesmo direcionar-lhes a escolha sobre o local em que pretendem estabelecer atividade e proteger interesses dos trabalhadores e empregadores.

Igualmente, não poderiam autoridades governamentais dos Membros da OIT, sem qualquer respaldo na normativa internacional, buscar limitar a atuação de entidades sindicais que congreguem empregados de uma categoria cuja atividade profissional transcenda as fronteiras do Estado. Isso resultaria, inclusive, em criação de zonas de restrição à livre-iniciativa e liberdade profissional, com efeitos discriminatórios entre Membros da OIT.

4 – APLICAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO E A OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NAS RELAÇÕES ENTRE A OIT E O BRASIL

4.1 – O papel dos comitês da OIT no monitoramento e na aplicação das normas do trabalho

Entre as principais elaborações do Direito Internacional do Trabalho e do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas últimas décadas, sobretudo no Pós-Segunda Guerra, destacam-se os instrumentos institucionais para o cumprimento e a observância das normas internacionais. Essa perspectiva é aquela de aplicação das normas (*enforcement*) e seu respeito pelos Estados e poderes internos – governos, legisladores e juízes⁹².

Em larga medida, esses instrumentos são representados pelos mecanismos de monitoramento de certos tratados e convenções em matéria de direitos sociais e laborais e direitos fundamentais, além dos mecanismos de solução de controvérsias adjudicatórios consolidados, como os tribunais internacionais operantes no sistema global e regional de proteção dos direitos humanos (e.g.: Cortes Europeia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos)⁹³.

Em geral, todos esses sistemas têm em comum o fato de permitirem a apresentação, quer direta ou indireta, de reclamações e petições formuladas pelos indivíduos, sem a necessidade de que a legitimidade ativa dos reclamados seja endossada pelo Estado ou suas autoridades governamentais.

Especificamente em relação aos mecanismos de monitoramento, as convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho – no presente estudo, a Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical, e a Convenção nº 98, sobre Negociações Coletivas –, associam-se a dois importantes órgãos da Or-

92 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 10 e ss.

93 Cf. Sidney Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, especificamente Partes II e III, em que o autor analisa as “instituições de garantia e controle” das normas de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana) nos planos multilateral e regional.

ganização Mundial do Trabalho assim constituídos e operantes: a Comissão de Peritos relativa à Aplicação das Convenções e Recomendações e o Comitê de Liberdade Sindical:

“i) *Comitê de Peritos relativo à Aplicação das Convenções e Recomendações*: trata-se de órgão de 20 Membros compreendendo juristas indicados pelo Órgão Diretor da OIT;

ii) *Comitê de Liberdade Sindical*: criado em 1951 para analisar casos relativos à violação da liberdade sindical e do direito de sindicalização dos trabalhadores e empregadores; o Comitê possui estrutura tripartite e recebe as reclamações em relação a Membros da OIT, quer tenham ratificado ou não as Convenções nº 87 e nº 98. A partir da atuação conjunta com outros órgãos da Organização, o Comitê estabeleceu importante prática de procedimentos especiais para proteção dos direitos fundamentais de trabalhadores e empregadores relativos à matéria sindical no plano internacional.”

O art. 22 da Constituição da OIT estabelecia, originariamente, a obrigação dos Membros de apresentar relatórios anuais relativamente à execução das convenções que foram ratificadas. Fundamentalmente, esse relatório deve conter informações e dados para monitoramento das normas convencionais do Direito Internacional do Trabalho e sua aplicação pelos Membros. Posteriormente, em 1994, houve alteração na periodicidade da apresentação dos documentos para cada dois anos em relação às convenções fundamentais que os Membros tenham ratificado, incluindo as Convenções ns. 87 e 98 e as convenções prioritárias.

A metodologia de apresentação dos relatórios deve observar a descrição detalhada das medidas que têm sido colocadas em prática pelo Estado-Membro – e.g.: leis e regulamentos; decisões administrativas e judiciais – para cumprimento e aplicação das convenções ratificadas. Igualmente, versões dos relatórios devem ser compartilhadas, pelas autoridades governamentais competentes, com os representantes das categorias de trabalhadores e empregadores para comentários. Isso não impede, todavia, que as organizações sindicais, por exemplo, apresentem diretamente relatórios ou petições individuais para a OIT contendo suas observações sobre a aplicação das normas das convenções ratificadas pelos Membros.

Inevitavelmente, o sistema de notificações criado pelos tratados fundamentais da OIT se caracteriza por ampla *abertura, participação e cooperação funcional* entre sujeitos. Isso se deve, em particular, pela possibilidade de organizações sindicais manifestarem entendimentos próprios e perspectivas sobre a forma e conteúdo das medidas adotadas pelos Estados e suas repartições

governamentais para cumprimento das obrigações assumidas no âmbito da OIT. O Comitê de Peritos, em seguida, terá a tarefa principal de reunir os relatórios por Membro e proceder a uma análise individual que leve em consideração o grau de efetividade das medidas adotadas em nível doméstico e, se julgar necessário, solicitar esclarecimentos à parte notificante.

É possível verificar que os tratados da OIT, em particular, foram criando, ao longo dos anos, um sólido mecanismo de reclamações ao qual têm acesso os jurisdicionados – cidadãos trabalhadores, organizações sindicais dos Membros – aos órgãos da Organização. Esse mesmo mecanismo foi aperfeiçoado, por exemplo, em outros regimes normativos no Direito Internacional, como no caso dos já mencionados sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, em especial quanto aos Pactos das Nações Unidas de 1966, a Convenção Europeia de 1950 de Direitos do Homem; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; e a Convenção Africana de 1984.

Ainda que seja possível questionar a essência do sistema de monitoramento da aplicação e efetividade das normas internacionais de direitos humanos, como fazem Peccoud⁹⁴ e Jaivillier⁹⁵, de que ele consagre, em nível multilateral, a visão predominante entre negociadores estadunidenses sobre os direitos econômicos sociais da pessoa humana, sua utilidade prática é indiscutível. Os mecanismos de reclamação permitem que qualquer organização sindical, por menor e menos fortalecida que seja, possa acionar a Organização Internacional do Trabalho com base em fundamentos de reclamação contra determinado Membro por violação das obrigações assumidas, algo que faltaria, por exemplo, no atual sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (no qual apenas Membros são legitimados).

Na precisa opinião da professora Mireille Delmas-Marty⁹⁶, a participação de pessoas independentes dos Estados e a publicação de relatórios dos órgãos de controle da OIT, a título de avaliação, parecem mesmo assegurar certa eficácia às normas internacionais do trabalho. E incontestavelmente, os trabalhos do Comitê de Liberdade Sindical, como analisados a seguir, apontam justamente para essa vertente cooperativa e participativa dos sujeitos no monitoramento das convenções fundamentais.

94 Dominique Peccoud, *Travaildécént: uneperspectivecatholique*. In: Peccoud (Org.) *Le travaildécént: points de vuephilosophiques et spirituels*. Geneva: International Labour Organization, 2004. p. 141 e ss.

95 JAVILLIER, Jean-Claude. *Les obstacles juridiques à l'application des normes internationales du travail*. Rapport introductif. 12 janvier 2007. p. 1-14. Disponível em: <http://www.crimt.org/PDF/JAVILLIER_Obstacles.pdf>.

96 *Três Desafios para um Direito Mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 62-63.

4.2 – Mecanismos de aplicação das normas da OIT e procedimentos de solução de controvérsias

Em seus anos de existência, a OIT veio consolidando, como mencionado, mecanismos de controle para a aplicação das normas internacionais do trabalho, incluindo as de origem convencional (tratados e convenções) e também aquelas originadas de fontes não vinculantes, como as recomendações e diretrizes emanadas da Organização. Tecnicamente, esses mecanismos se apresentam sob duas modalidades fundamentais: o controle periódico e os procedimentos especiais:

“i) *Controle periódico*: fundado na análise dos *relatórios periódicos* encaminhados pelos Estados-Membros sobre aplicação das normas internacionais do trabalho, por leis e regulamentos internos ou prática dos Membros, bem como observações formuladas pelas organizações sindicais de trabalhadores e empregadores. A análise é desempenhada pelas Comissões: Comissão de Peritos e Comissão Tripartite de Aplicação das Normas e Recomendações da Conferência Internacional do Trabalho.

ii) *Procedimentos especiais*: mecanismos fundados na apreciação de *reclamações* ou *queixas* individuais, feitas diretamente pelos Membros, delegados da Conferência Internacional do Trabalho, as organizações sindicais (de empregadores e trabalhadores) ou Conselho de Administração da OIT. Nesses casos, existem os seguintes procedimentos: i) procedimentos de reclamação concernentes à aplicação das normas das convenções ratificadas; ii) procedimentos de queixa concernentes à aplicação de convenções ratificadas; iii) procedimento especial de queixa por violação da liberdade sindical (endereçoada ao Comitê de Liberdade Sindical).”

Quanto ao controle periódico, três obrigações gerais dos Membros da OIT podem ser destacadas, em virtude das normas da Constituição, e que fundamentam as atribuições dos órgãos da Organização, como a Comissão de Peritos e a Comissão Tripartite de Aplicação das Normas e Recomendações:

“a) obrigação de um Membro de informar a OIT sobre as *convenções ratificadas*⁹⁷, mediante apresentação de relatório periódico à Repar-

97 Cf. art. 22 da Constituição da OIT: “Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho”.

tição Internacional do Trabalho, no qual constem as medidas adotadas, em seu sistema doméstico, para aplicação das normas internacionais decorrentes dos tratados;

b) obrigação de um Membro de informar a OIT sobre as *convenções não ratificadas*⁹⁸: ainda que os poderes competentes nos Membros (e.g.: parlamentos, congressos nacionais) não tenham aprovado o texto de uma convenção adotada na OIT, existe uma obrigação de notificação à Repartição Internacional sobre o *status* do tratado não ratificado, mediante solicitações periódicas formuladas pelo Conselho de Administração da Organização; nesse caso, o Membro da OIT deve informar a conformação de seu direito interno e prática (leis e regulamentos, decisões judiciais e administrativas) relativas a certa convenção não ratificada;

c) obrigação do Membro de informar a OIT sobre as *Recomendações*⁹⁹, segundo a qual ele deve notificar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional, em intervalos de tempo adequados, conforme solicitação do Conselho de Administração, apontando a conformação de seu direito interno e prática (leis e regulamentos, decisões judiciais e administrativas) e como ela torna efetivos os dispositivos de uma Recomendação adotada pela Organização, além de eventuais modificações legislativas que tenham sido levadas a cabo pelo Membro ou julgadas necessárias para eventual ajustamento do direito interno à normativa internacional.”

O mecanismo de monitoramento periódico é, assim, a mola propulsora do funcionamento e aplicação das normas internacionais do trabalho, adquirindo, portanto, características que definem o Direito Internacional do Trabalho a partir de uma estrutura *preventiva* e *educativa*. Isso porque, como examinado, ele permite que a OIT, pelo trabalho de seus órgãos (o Conselho Administrativo, a Repartição Internacional e os Comitês), possa acompanhar as transformações legislativas internas nos Membros e a prática das instituições e autoridades governamentais, incluindo poderes legislativo, executivo e judiciário. Não diferentemente, esse modelo é baseado em dois princípios gerais do Direito Internacional: *cooperação* e *transparência*.

Especificamente no que concerne à prática dos *procedimentos especiais*, reclamações individuais podem ser apresentadas para a OIT, com pedido de que sejam realizadas investigações, diligências direcionadas aos Estados-Membros

98 Cf. Artigo 19.5(e) da Constituição da OIT.

99 Cf. Artigo 19.6(d) da Constituição da OIT.

e seus governos¹⁰⁰. Igualmente, os pedidos podem contemplar solicitação de negociações diretas entre especialistas do Comitê e os governos, de modo a que as partes alcancem uma solução satisfatória e amigável da controvérsia. De um modo geral, eles se apresentam da seguinte forma:

“a) procedimento de *reclamação* relativa à aplicação de normas de convenções ratificadas de acordo com o art. 22 da Constituição da OIT: nessa modalidade, uma organização ou entidade sindical (de empregadores e trabalhadores) é parte legitimada para apresentar uma reclamação contra qualquer Estado-Membro que tenha deixado de assegurar a execução, dentro de seu ordenamento interno, de qualquer convenção de que ele seja parte¹⁰¹; reclamações com fundamento nas Convenções nº 87 (Liberdade Sindical) e nº 98 são apresentadas nessa categoria e encaminhadas para o Comitê de Liberdade Sindical.

b) procedimento de *queixas* sobre aplicação de normas de convenções ratificadas de acordo com o art. 26 da Constituição da OIT: nessa modalidade, um Estado-Membro¹⁰², delegado na Conferência Internacional do Trabalho, ou mesmo o Conselho de Administração da OIT¹⁰³ podem apresentar queixas contra determinado Membro que deixe de cumprir satisfatoriamente as normas de uma convenção ratificada¹⁰⁴.

100 O procedimento das reclamações é estabelecido nos arts. 26 a 34 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

101 Cf. art. 22 da Constituição da OIT. O objeto dessa reclamação deve ser, portanto, a ausência de satisfatória de “execução de uma convenção a que dito Estado haja aderido”. Nesses casos, constitui-se uma Comissão Tripartite do Conselho de Administração para analisar o pedido e a resposta do Estado-Membro. Em seguida deve a Comissão preparar um relatório que é submetido ao Conselho, considerando os aspectos fáticos e jurídicos envolvidos no caso, com base nas informações, e que conterà recomendações ao Membro. Se a resposta do Membro não é satisfatória, o Conselho de Administração da OIT pode publicar a denúncia formulada.

102 Cf. Artigo 26.1 da Constituição da OIT.

103 Cf. Artigo 26.4 da Constituição da OIT.

104 A partir da queixa apresentada por um Estado-Membro, o Conselho de Administração pode constituir uma comissão de inquérito, composta de três membros independentes, para analisar e investigar os fatos suscitados e formular as recomendações pertinentes para adoção de medidas necessárias endereçando as questões ali existentes. Nessa modalidade, segundo a própria OIT, a comissão de inquérito é baseada em procedimentos caracterizados por alto nível investigativo e se destina a averiguar evidências de Membros que sejam acusados de graves e sistemáticas violações contra direitos previstos nas convenções. Segundo estatísticas oficiais, foram 13 as comissões de inquérito já estabelecidas sob os auspícios da OIT, no quadro dos procedimentos de queixas: Belarus (2003); Chile (1975); República Dominicana (1983); Alemanha (1985; ex-RFA); Grécia (1968); Haiti (1983); Libéria (1963); Mianmar (1996); Nicarágua (1987); Polônia (1982); Portugal (1962); Romênia (1989); Zimbábue (2010). Sobre isso, cf. dados em NORMLEX/OIT: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex>>.

c) procedimento *especial* para reclamações baseadas na violação de liberdade sindical e direitos de sindicalização: formuladas pelas partes ao Comitê de Liberdade Sindical.”

O fato de um Estado-Membro não ter ratificado determinada convenção da OIT, como é o caso do Brasil em relação à Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical, não o exime, portanto, de responsabilidade pela violação de obrigações multilaterais no contexto do Direito Internacional do Trabalho. Especificamente no que concerne à Convenção nº 87, o Estado-Membro está submetido a uma espécie de duplo grau de controle normativo internacional, quer pela atuação da Comissão de Peritos e da Comissão Tripartite de Aplicação das Normas (na espécie de *monitoramento*), quer do Comitê de Liberdade Sindical (na espécie de *procedimentos especiais*).

Na verdade, trata-se de uma consequência evolutiva do regime estruturado pelas normas internacionais do trabalho. Na opinião de José Alvarez¹⁰⁵, ela decorre do *formato constitucional* das fontes do Direito Internacional do Trabalho, segundo o qual a Constituição da OIT tem papel organizador. É a Constituição que oferece os fundamentos normativos para que os Membros sejam pressionados a ratificar as convenções negociadas e adotadas naquele foro. E ela representaria clara manifestação de um processo de “elaboração normativa com amarras” (*treaty making with strings attached*). Segundo essa abordagem, a Constituição da OIT incorporaria um conjunto relativamente rígido e altamente estruturado de procedimentos destinados a elaborar, em intervalos previsíveis, instrumentos convencionais (mais de 180 na atualidade) adotados pelo sistema tripartite – Membros, representantes dos trabalhadores e empregadores – da Organização.

Na mesma medida, órgãos especializados são ali investidos de poderes para monitorar e solucionar controvérsias, muito embora sem que profiram decisões de caráter vinculante (por isso, o formato de recomendações formuladas). E em diferentes graus de efetividade, a Organização consegue ir além do consenso soberano dos Membros. Isso porque as obrigações de informar, periodicamente, a situação de execução dos tratados¹⁰⁶ e de responder aos casos submetidos nos procedimentos especiais (nas diferentes instâncias – Comissão de Peritos, Comissão Tripartite de Aplicação das Normas e Comitê de Liber-

105 The New Treaty Makers. In: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, p. 222.

106 A exemplo do que representam os procedimentos do art. 19 da Constituição da OIT.

dade Sindical), estabelecidas pela Constituição da OIT, induzem os Membros às ações de ratificação e subsequente implementação dos tratados¹⁰⁷.

4.3 – O papel do comitê de liberdade sindical na preservação de direitos fundamentais

A criação da OIT, como visto, foi acompanhada pela adoção de normas de proteção de direitos mínimos, essenciais, para assegurar a existência digna dos trabalhadores, como forma de promoção da justiça social. Nesse sentido, parece haver uma simbiose necessária entre o objetivo de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e a adoção de normas internacionais do trabalho. É claro que o valor e o sentido dessas normas dependem justamente de uma adequada interpretação e aplicação, tanto pelos órgãos internacionais (como aqueles da OIT) como pelos órgãos internos, em especial tribunais nacionais e repartições da administração pública.

A criação do Comitê de Liberdade Sindical representou um passo adiante na formulação de políticas normativas internacionais para monitoramento da aplicação das normas convencionais e recomendações da OIT e também no que diz respeito à atuação no controle de práticas dos Estados em matéria sindical.

A principal marca revolucionária, do modelo do Comitê de Liberdade Sindical, reside no fato de ele ser um órgão internacional com competências para examinar, de modo permanente e contínuo, reclamações e queixas relativas à violação das normas internacionais do trabalho, propostas por Membros da OIT, entidades de trabalhadores e empregadores. As Convenções nº 87 e nº 98, portanto, são instrumentos normativos de referência para os trabalhos do Comitê.

Não seria oportuno, neste trabalho, aprofundar quais foram as principais contribuições trazidas pela existência e prática do Comitê no contexto de desenvolvimento do Direito Internacional do Trabalho, dos procedimentos internos e de aplicação das normas da OIT¹⁰⁸. Uma análise cuidadosa do repertório de casos do Comitê, por exemplo, apontaria para os efeitos das decisões e recomendações por ele emitidas sobre a interpretação de certos aspectos normativos relativos

107 J. Alvarez, *The New Treaty Makers*, cit., p. 222 (ênfatizando-se a passagem em que o autor especificamente menciona: “The reporting and other obligations imposed under the ILO’s Charter mobilize shame on behalf of treaty ratification”).

108 Um estudo detalhado é feito, por exemplo, pelo Professor Wilfred Jenks, *Social Justice in the Law of Nations: The ILO Impact after 50 years*, University Press, London, 1970, p. 10 e ss; e mais recentemente, cf. Eric Gravel; Isabelle Duplessis, Bernard Gernigon. *The Committee on Freedom of Association. Its impact over 50 years*. Geneva: ILO, 2001, especialmente 19 e ss.

DOUTRINA

à liberdade sindical, direito de sindicalização e as várias expressões do direito sindical como disciplina autônoma no domínio do DIT, como vemos abaixo:

- “i) afirmação dos direitos sindicais e liberdades civis;
- ii) direito dos trabalhadores e empregadores, sem qualquer distinção, de constituir organizações sindicais;
- iii) direito dos trabalhadores e empregadores de constituir organizações sem necessidade de autorização;
- iv) direito de trabalhadores e empregadores de estabelecer organizações, ou a elas se afiliar livremente;
- v) direito das organizações de trabalhadores e empregadores de constituir ou criar federações e confederações e de afiliação a organizações não governamentais internacionais de trabalhadores e empregadores;
- vi) direito das organizações de trabalhadores e empregadores de eleger, livremente, seus representantes, dirigentes e demais membros e de organizar suas respectivas administrações ou estruturas de gestão;
- vii) proibições de dissolução e suspensão de organizações sindicais mediante leis e regulamentos ou decisões administrativas;
- viii) direito de greve (proibições gerais para certas categorias de trabalhadores, serviços de utilidade pública, etc., e sanções como represália ao exercício do direito de greve, como demissões, detenções pela participação em ações grevistas);
- ix) direito dos sindicatos de livre gestão de seus ativos;
- x) proteção contra atos de ingerência estatal e de discriminação contra sindicatos;
- xi) direitos emergentes de negociações coletivas na esfera laboral.”

Essa lista não exaustiva aponta, justamente, para o desdobramento prático das atividades de um órgão internacional, a saber, fundadas em sua natureza *quase jurisdicional*, em torno da aplicação e interpretação das normas das convenções e recomendações da OIT. O trabalho do Comitê de Liberdade Sindical, ao esclarecer certos aspectos do escopo, limites, natureza e objetivos das normas das Convenções ns. 87 e 98 da OIT, por exemplo, revela a indispensável concretização de direitos fundamentais no plano internacional. Na interface com o direito do trabalho, o reconhecimento internacional e a legitimidade de um órgão com competências preventivas e decisórias favorece o ambiente de

intensa reflexão e institucionalização da proteção de direitos fundamentais da pessoa humana, dentre eles a liberdade sindical e o direito de sindicalização.

Entre países da América Latina que são Membros da OIT existem diferentes fundamentos para a atuação concreta do Comitê de Liberdade Sindical, como ocorre, por exemplo, quanto ao México, em cujos tribunais subsistem conflitos entre a tese da unicidade e pluralidade sindicais; e na Argentina quanto aos resultados das investigações administrativas e judiciais *in loco* sobre práticas relativas à ingerência estatal e empresarial no funcionamento de atividades de entidades profissionais¹⁰⁹.

No Brasil, Arnaldo Süssekind¹¹⁰ pioneiramente analisou os mecanismos de controle da aplicação das normas internacionais do trabalho, ressaltando a eficácia do sistema de controle regular no âmbito da OIT. Especificamente em relação ao Comitê de Liberdade Sindical, anotava o saudoso Professor e Ministro do TST que a grande inovação dos mecanismos de procedimentos especiais, a exemplo das reclamações, estaria na possibilidade de as partes legitimadas – organizações sindicais de trabalhadores e empregadores – apresentarem uma denúncia com base na violação do princípio da liberdade sindical, como tal consagrado em normas internacionais de hierarquia constitucional, tanto pela Constituição da OIT como pela Declaração da Filadélfia, de 1944, que naquela se incorporou. E ambas vinculam os Membros da OIT¹¹¹.

Por isso mesmo, o fato de um Membro não ter ratificado a Convenção nº 87 sobre Liberdade Sindical e Direito de Sindicalização não impede que o Comitê de Liberdade Sindical aprecie queixas e reclamações apresentadas contra ele, pois o fundamento das ações estará, essencialmente, baseado em normas e princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho. Na opinião de autoridade de Nicolas Valticos¹¹², ainda que as normas da OIT em matéria de liberdade sindical não possam ser impostas aos Estados que não ratificaram a Convenção nº 87, seria possível concluir que a Organização tenha amplas

109 Indicam-se aqui as estatísticas e informações contidas em importantes relatórios sobre a aplicação de normas das convenções fundamentais da OIT, de um modo geral, e da prática em torno das Convenções ns. 87 e 98: ILO, *Report III (1B): Giving globalization a human face (General Survey on the fundamental Conventions)* – General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008.

ILO, *Report III (1B): Giving globalization a human face (1994 – Freedom of Association and Collective Bargaining)*. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf)>.

110 Controle Regular na Aplicação das Normas da OIT. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 42, n. 5, 1983, p. 5 e ss.

111 *Idem*, p. 7.

112 Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale. In: *Recueil des Cours*, vol. 144 (1975), especialmente p. 107-08.

condições para “promover a concretização desses princípios constitucionais por outros meios e, notadamente, pela investigação e conciliação”¹¹³.

4.4 – A prática recente do comitê sobre liberdade sindical e o Brasil

Com base nas informações oferecidas pelo repertório de casos do Comitê de Liberdade Sindical, é possível constatar a existência de 64 reclamações (concluídas, em andamento e em fase de acompanhamento) contra o Brasil, formuladas por organizações representativas de trabalhadores e empregadores, desde 1951 até a atualidade (julho de 2012), com fundamento na violação de normas relativas à liberdade sindical, proteção do direito de sindicalização e proibição de condutas antissindicais¹¹⁴.

São reclamações que contemplam, especialmente, direitos e obrigações dos Membros da OIT em conformidade com a Convenção nº 87, de 1948, e a Convenção nº 98, de 1949.

Não seria escopo do presente trabalho examinar a extensa lista de casos levados à Organização Internacional do Trabalho ou das recomendações ali formuladas pelo Comitê de Peritos sobre Aplicação das Normas ou dos relatórios do Comitê sobre Liberdade Sindical, nos quais o Brasil tenha sido objeto de reclamação e chamado a se manifestar sobre as alegações apresentadas pelas organizações reclamantes.

Embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção nº 87, ele está vinculado às obrigações gerais, decorrentes da Constituição da OIT, de notificar os Comitês sobre a implementação das normas de proteção dos trabalhadores em seu ordenamento interno. Isso faz com que o repertório de casos relativos ao Comitê de Liberdade Sindical ofereça interessantes exemplos da influência positiva exercida sobre o Brasil para que a Convenção nº 87, de 1948, seja ratificada.

Na recente reclamação apresentada contra o Brasil pela Força Sindical, Central Única dos Trabalhadores (CUT) e União Geral dos Trabalhadores, dentre outros, em novembro de 2009 (Caso 2.379)¹¹⁵, o Comitê foi chamado a apreciar as alegações de que o Ministério Público do Trabalho (MPT) teria

113 Observa-se, inclusive, que casos graves de violação de direitos sindicais podem ser notificados ao Comitê de Investigação e Conciliação em Matéria Sindical, órgão misto instituído por acordo entre a OIT e as Nações Unidas, particularmente o Conselho Econômico e Social – ECOSOC, regulamentado pela Resolução de 17 de fevereiro de 1950. Os casos de reclamação baseada em convenção da OIT não ratificada por determinado Membro, no entanto, dependerão de prévio consentimento pela Comissão.

114 Informações obtidas na base NORMLEX/OIT, disponíveis em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex>>.

115 *Case No 2,739 (Brazil)* – Complaint date: 02.11.09. Inteiro teor disponível na base de dados de NORMLEX/OIT em <<http://www.ilo.org/dyn/normlex>>.

levado a cabo uma série de atos de ingerência sobre a atuação das entidades sindicais, em várias instâncias, tanto por via administrativa como judicial, para obter a nulidade de cláusulas em convenções coletivas. Em evidência também estava o questionamento sobre a cobrança de contribuições assistenciais (ou negociais) de trabalhadores não filiados a sindicatos, mas beneficiários de convenções coletivas¹¹⁶.

Nesse caso, as organizações sindicais em tela ainda argumentaram que a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo vinha ajuizando ações contra os sindicatos de trabalhadores e que as sentenças proferidas pelo Judiciário, nessas matérias, constituiriam igualmente atos de ingerência no funcionamento das entidades de representação, com o intuito de dismantelar as organizações sindicais, sem que sejam conhecidas as razões de mérito para tal finalidade.

As entidades reclamantes ainda sustentam que o MPT, excedendo os poderes que lhes são conferidos pela Constituição de 1988, reinterpreta o sentido das normas relativas aos direitos sociais e direitos do trabalhador: em particular, o órgão adotaria uma abordagem – na visão das reclamantes – “pseudoutilitária do estilo brasileiro de liberdade sindical”, para ajuizar ações contra sindicatos existentes e constituídos no Brasil, requerendo, em juízo, a nulidade de cláusulas resultantes de acordos coletivos.

Entre as pretensões do MPT estaria, igualmente, a imposição de elevadas multas que obrigariam sindicatos ao encerramento de suas atividades¹¹⁷. Igualmente, a intervenção administrativa e judicial dar-se-ia sobre as modalidades de cobrança de contribuições pelos sindicatos de seus membros e não membros, resultando em ingerência sobre a viabilidade financeira das entidades representativas, sem qualquer respaldo legal ou mesmo na Constituição, mas, sim, em antigos precedentes dos tribunais como a Súmula nº 666 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁸ e no Precedente Normativo nº119 do TST¹¹⁹.

116 Cf. Parágrafos 292-302 do Relatório Parcial nº 358 do Comitê de Liberdade Sindical, de Novembro de 2010. Inteiro teor disponível na base de dados de NORMLEX/OIT em <<http://www.ilo.org/dyn/normlex>>.

117 Parágrafo 294 do Relatório Parcial nº 358 do Comitê de Liberdade Sindical, de Novembro de 2010. Inteiro teor disponível na base de dados de NORMLEX/OIT em: <<http://www.ilo.org/dyn/normlex>>.

118 *A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.*

119 “CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS: A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoração ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”

Em resumo, as reclamações apontam para as seguintes alegações:

“i) A intervenção do Poder Judiciário e do MPF nas relações constitutivas e operacionais dos sindicatos seria uma violação do princípio da liberdade sindical previsto nas convenções da OIT e no art. 8º da CF/88, e do princípio da separação de poderes: a ingerência dessas partes mediante intervenção direta nos sindicatos ameaça a existência e funcionamento das organizações, bem como em suas administrações internas¹²⁰;

ii) As ações judiciais propostas pelo MPT enfraquecem, objetivamente, os sindicatos, impedindo-os de funcionar a contento, mediante ingerência nas formas de financiamento das entidades, por exemplo, quanto à decisão sobre contribuições ajustadas em assembleia, contribuições assistenciais (ou negociais);

iii) As decisões judiciais proferidas em casos individuais demonstrariam que o Judiciário e o MPF ignoram as decisões das assembleias gerais das entidades sindicais; as assembleias seriam órgãos soberanos e máximos dos sindicatos;

iv) A imposição de termos de ajustamento de condutas (TACs) aos sindicatos estabeleceria uma série de obrigações, impedindo-os de cobrar contribuições de associados e não associados relativamente à custódia das atividades sindicais; ademais, em assembleias gerais que autorizariam os representantes a negociarem com sindicatos da indústria participam não apenas membros dos sindicatos de trabalhadores, mas também trabalhadores das indústrias de determinada categoria, de modo que todos seriam beneficiados das concessões. Um dirigente de um sindicato de trabalhadores não poderia simplesmente aceitar termos de ajustamento de conduta com o MPT, renunciando às concessões, portanto, sem o consentimento dos demais membros representados.”

Ainda na visão dos reclamantes, muitas das concessões obtidas, ao longo dos anos de atuação das entidades sindicais, beneficiariam a totalidade de trabalhadores nas respectivas categorias, tenham eles participado ou não das reuniões e assembleias e mesmo aqueles não associados ou membros dos

120 Cf. Parágrafo 294 do Relatório Parcial nº 358, de novembro de 2010 (aqui transcrito na versão original: “The complainants contend that the judiciary’s interference in trade union affairs is a violation of the principle of freedom of association embodied in the ILO’s Conventions and in article 8 of the Brazilian Constitution, as well as of the principle of the separation of the three state powers. The MPT, the Office of the Public Prosecutor and the judiciary are undermining and debasing the principle of freedom of association by interfering directly in the continued existence of the trade union and in their internal management. Such state intervention violates the principle of freedom of association both nationally and international”).

sindicatos (trabalhadores não filiados). Esse seria o efeito *erga omnes* das negociações coletivas. A mesma racionalidade, segundo elas, deveria ser aplicada ao financiamento dos sindicatos, pelo que custos de manutenção das entidades seriam suportados por todos os interessados, e não somente os associados, como pretendem sustentar as autoridades estatais nas ações questionadas. Se isso se constitui conduta discriminatória antissindical levada a cabo pelo Estado, haveria, portanto, na visão das reclamantes, incentivos para que os trabalhadores se desvinculassem dos sindicatos.

Em sua resposta, o Estado brasileiro defende a posição adotada pelo MPT, de que a Constituição de 1988, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e princípios democráticos, modificou a estrutura do regime sindical que existia nas décadas anteriores à sua entrada em vigor; e que o órgão teria a tarefa de defender os interesses individuais e coletivos inalienáveis dos trabalhadores, em particular seus direitos fundamentais. Igualmente, a intervenção do MPT nas negociações coletivas estaria amparada pelo art. 83, inciso IV, da Lei Complementar nº 75, de 1993, que prevê a legitimidade do órgão para propositura de ações judiciais “para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores”¹²¹.

Em relação à alegada ilegalidade de contribuições assistenciais cobradas por sindicatos a trabalhadores não filiados, o Brasil sustentou que as medidas do MPT estão em conformidade com a jurisprudência dos tribunais superiores, em particular TST e STF, reconhecendo, no entanto, que seria necessário aperfeiçoar o diálogo com os sindicatos de trabalhadores e de empregadores de modo a encontrar um mecanismo legal para regular os conflitos decorrentes da existência de várias modalidades de contribuição no regime de financiamento das entidades (e.g.: a contribuição compulsória da CLT, contribuições patronais e contribuições assistenciais)¹²². Ainda segundo o Brasil, a resposta do Poder Executivo tem sido a de fortalecer as instituições para negociações entre as esferas – o governo, o MPT, as organizações sindicais –, como o recém-criado Conselho de Relações do Trabalho, ligado ao Ministério do Trabalho brasileiro¹²³.

O Comitê de Liberdade Sindical observou que existem precedentes, no âmbito da OIT, relativamente à cobrança de contribuições sindicais de trabalhadores não filiados, reconhecida como expressão da solidariedade da categoria para com

121 Cf. Parágrafos 314-15 do Relatório Parcial nº 358, de novembro de 2010.

122 Cf. Parágrafo 315 do Relatório Parcial nº 358, de novembro de 2010.

123 Cf. Item 4.4 *infra*.

a ação e participação dos sindicatos em negociações coletivas; e que o Comitê de Relações Internacionais da OIT, nos trabalhos preparatórios da Convenção nº 98 sobre Direito Sindical e Negociações Coletivas, havia acordado e reconhecido que o ato normativo internacional em questão não poderia ser interpretado de modo a autorizar ou proibir acordos ou convenções de sindicatos estabelecendo referidas contribuições. Segundo o Comitê de Liberdade Sindical, trata-se de matéria a ser regulada em nível doméstico, de acordo com as práticas e normas do trabalho de cada Membro da OIT. Isso significa, na visão do Comitê, “que as duas situações, nas quais cláusulas de assistência sindical estejam autorizadas e naquelas em que estejam proibidas, estarão em conformidade com os princípios e normas da OIT em matéria de liberdade de associação”¹²⁴.

O Comitê de Liberdade Sindical ainda enfatiza que, apesar dos méritos do MPT e de sua Coordenação Nacional de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS em manter diálogos com as entidades sindicais a respeito da cobrança de contribuições assistenciais a trabalhadores não filiados e que são beneficiários de uma convenção coletiva específica¹²⁵, as normas internas em vigor no Brasil e a prática jurisprudencial do STF e TST (proibindo a cobrança) provocam tensão no movimento sindical. Tanto é assim que o Comitê mesmo ressalva o fato de que o MPT buscava internamente, segundo as comunicações apresentadas, a “aproximação institucional das partes interessadas, apesar de toda a falta de respaldo da jurisprudência dos tribunais mencionados”. Esperava o MPT que sua orientação pudesse provocar um novo debate nos tribunais domésticos do trabalho, para revisão da orientação jurisprudencial sobre a contribuição assistencial dos trabalhadores não filiados a sindicatos.

124 Parágrafo 316 do Relatório Parcial nº 358, de novembro de 2010 (em referência à seguinte passagem: “In other words, both situations where union security clauses are authorized and those where these are prohibited can be considered to be in conformity with ILO principles and standards on freedom of association”). No mesmo sentido, cf. Relatório n. 284 no Caso 1.616 (República Bolivariana da Venezuela), parágrafos 337-339.

125 Destacam-se aqui os resultados de reuniões entre o MPT e entidades sindicais brasileiras para buscar medida de consenso quanto à cobrança de contribuições assistenciais, conforme a deliberação de 5 de maio de 2010 (Orientação n. 3 do CONALIS). Segundo ela, a cobrança da contribuição assistencial dos trabalhadores seria possível, tanto para trabalhadores filiados aos sindicatos quanto para aqueles não filiados, desde que atendidas algumas condições, dentre as quais: i) a contribuição deve ser aprovada em assembleia geral, convocada para dita finalidade, com ampla divulgação, garantida a participação de membros e não membros, realizada em local e horário que facilitem a presença dos trabalhadores; ii) garantia de direito de oposição, manifestado perante o sindicato por qualquer meio eficaz de comunicação, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, inclusive quanto ao prazo para o exercício de oposição ao valor da contribuição. Essa orientação gerou resistência entre os procuradores e foi cancelada em 16 de agosto de 2011, portanto, sem os resultados esperados. Entre os argumentos levantados, destacam-se: i) a abusividade das cobranças aos trabalhadores não afiliados; ii) existência de contribuição compulsória; iii) ausência de prestação de contas por parte dos sindicatos, apesar da natureza pública da contribuição; iv) enfraquecimento da atuação do MPT para impedir os abusos; v) falta de iniciativa da justiça do trabalho para modificar a jurisprudência.

Em sua comunicação ao Comitê de Liberdade de Associação, o MPT reconhece, ainda, a imperiosidade da modificação de seu sistema de organização sindical, tendo como ponto de partida a ratificação da Convenção nº 87 da OIT:

“(…) a modificação do sistema de organização sindical no Brasil envolve a ratificação da Convenção nº 87, a adoção de legislação que estabeleça critérios para a representatividade sindical que conceda benefícios às organizações mais representativas e de um mecanismo de financiamento sindical de caráter privado, no qual o trabalhador não afiliado possa contribuir voluntariamente para se beneficiar das ações sindicais e das condições de trabalho estabelecidas em negociação coletiva”¹²⁶.

O caso, aqui em breves linhas descrito, é interessante para o debate apresentado pelo presente artigo, pois expõe as contradições do modelo sindical brasileiro, do regime constitucional vigente sobre a matéria e as sucessivas controvérsias sobre a possibilidade de cobrança de contribuições assistenciais no âmbito da relação entre entidades sindicais e trabalhadores não filiados.

Do mesmo modo, escancara a velha discussão sobre inadequada manutenção, no direito brasileiro, da figura da *contribuição sindical compulsória*, estabelecida pela Consolidação das Leis do Trabalho, e endossada pela jurisprudência do STF, porquanto tenha sido aquela teoricamente recepcionada pela ordem constitucional de 1988.

Nos memoriais submetidos ao Comitê de Liberdade Sindical da OIT, o Estado brasileiro ressalta que o MPT se manifesta favoravelmente em torno da necessidade de mudança do modelo¹²⁷, mas desconsidera o fato de que a resistência interna não seria apenas de determinadas organizações sindicais, como alegado, mas entre os próprios três poderes – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – na tarefa de esclarecer o alcance das normas internas relativas à liberdade sindical e adequá-las aos padrões internacionalmente vigentes. Esse seria, justamente, elemento crucial nas relações de *transparência* entre o Brasil e a Organização.

126 Cf. Caso 2.739 (Brasil) – Relatório Final nº 364, adotado em junho de 2010, pelo Comitê de Liberdade Sindical, Parágrafo 331.

127 Cf. Relatório Parcial nº 358, de novembro de 2010, do Comitê de Liberdade Sindical, cit. *supra*, Parágrafo 309, tradução livre: “O MPT considera que a presente queixa é extremamente importante, pois permite que a OIT tenha uma visão geral sobre o problema da organização sindical no Brasil. O poder público deve responder, a todo tempo, pelas consequências de suas ações e verificar se os objetivos estão sendo alcançados, devendo estar aberto a reconsiderar posições. O MPT entende que, sem uma mudança da cultura e da posição por parte de líderes sindicais, os trabalhadores serão os maiores prejudicados. A presente queixa poderia servir para que os dirigentes sindicais assumam o compromisso de ratificação da Convenção nº 87 pelo Brasil, que infelizmente não aconteceu, dado que o movimento sindical sempre se recusou nesse sentido”.

Igualmente, as recomendações do Comitê são consistentes com a prática jurisdicional internacional do trabalho nessa matéria, pois insistem na possibilidade de o Brasil recorrer à *assistência técnica da OIT* para buscar soluções satisfatórias para as partes – organizações sindicais, trabalhadores e governo – e que estejam em conformidade com as normas e princípios concernentes à liberdade sindical e direito de sindicalização.

Em concreto, no caso examinado, o Comitê recomendou ao movimento sindical brasileiro e MPT que prossigam no debate sobre a cobrança da contribuição sindical a trabalhadores não filiados e sindicatos que sejam beneficiados de convenções coletivas, e que esse debate leve em consideração os princípios do Comitê na matéria. Por fim, convida o Estado brasileiro, mais uma vez, a considerar a adoção das medidas necessárias para ratificar a Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical e Direito de Sindicalização, de 1948¹²⁸.

4.5 – *Questões específicas de transparência e cooperação no DIT e o Brasil*

Nos recentes relatórios anuais formulados para cada Membro individualmente, o Brasil tem sido alvo de recomendações feitas pelos consultores especializados na Declaração da OIT sobre Direitos e Liberdades Fundamentais do Trabalho, de 1998, e do Conselho de Administração da OIT, uma vez ouvidos os órgãos envolvidos nos temas examinados. Para o período compreendido entre 2000 e 2012, o Brasil veio reiterando seu desinteresse em ratificar a Convenção nº 87, sustentando, em síntese, que a grande parte das organizações sindicais no país são a favor do regime constitucional vigente e que qualquer modificação normativa deveria ser feita à luz de modificações legislativas internas¹²⁹.

Igualmente, informa que a criação do Conselho de Relações do Trabalho em 2010, ligado ao Ministério do Trabalho brasileiro¹³⁰, buscou reunir representantes dos trabalhadores e empregadores, e autoridades do Governo Federal

128 Cf. Caso 2.739 (Brasil) – Relatório Final nº 364, adotado em junho de 2010, pelo Comitê de Liberdade Sindical, Parágrafo 331.

129 Cf. documento ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012): Brazil – Freedom of Association and the Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining (FACB)*. Report, March 08, 2012 (aqui também designado “Revisão Annual 2000-2012”). Disponível em: <<http://www.ilo.org/declaration/info/publications/lang--en/index.htm>>.

130 Portaria nº 2.092, publicada no DOU de 3 de setembro de 2010 e republicada pela Portaria nº 2.510 no DOU de 22 de outubro de 2010. São as seguintes atribuições do Conselho: i) apresentar estudos e subsídios com vistas à propositura, pelo MTE, de anteprojetos de lei e normativas que versem acerca de relações de trabalho e organização sindical; ii) propor diretrizes de políticas públicas e opinar sobre programas e ações governamentais no âmbito das relações de trabalho e organização sindical; iii) pronunciar-se sobre outros assuntos que lhe sejam submetidos pelo Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, no âmbito das relações de trabalho e da organização sindical; e iv) auxiliar o MTE nas discussões acerca das categorias sindicais, bem como na discussão dos assuntos relacionados às relações do trabalho de modo geral.

para tratar de temas relativos às relações do trabalho e à organização sindical e fomentar a negociação coletiva e o diálogo social. E que espera que as diretrizes sobre tais questões sejam formuladas no “prazo devido”. Nos relatórios, o Brasil afirmou que a Constituição de 1988 assegura a liberdade sindical e negociação coletiva (com exceção às forças armadas), mas impõe representação sindical em categorias econômicas e em determinada área territorial (art. 8º, § 2º, da CF/88)¹³¹. E que o direito brasileiro ainda prevê a instituição da contribuição sindical compulsória, cobrada de cada trabalhador e distribuída às federações sindicais de acordo com o número de membros¹³².

O principal argumento oferecido pelo Estado brasileiro à OIT é aquele da incompatibilidade entre o art. 8º da Constituição de 1988 e a Convenção nº 87 (“article 8 of the Constitution runs against the text of the Convention”)¹³³. Além disso, segundo as informações apresentadas, a Proposta de Emenda Constitucional nº 623/98 havia sido arquivada no final de 2000, sem que houvesse o debate sobre a supressão da unicidade sindical e da contribuição sindical compulsória; somente uma alteração da Constituição brasileira ajustaria o direito interno às normas da Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical. A segunda iniciativa, a PEC nº 369/05¹³⁴, ainda em tramitação no Congresso Nacional, permitiria retomar a discussão e fortalecer a posição brasileira quanto à ratificação da Convenção nº 87 da OIT.

Nesse mesmo período, entidades sindicais brasileiras também se manifestaram no mecanismo de revisão anual das normas relativas à liberdade sindical e negociação coletiva, dentre as quais a Confederação Nacional do Comércio apoiava a ratificação da Convenção. Em 2009, a Central Única dos Trabalhadores – CUT expressou sua preocupação quanto à inexatidão da orientação dos consultores especialistas, de que aquela organização não apoiaria a ratificação da Convenção nº 87. Essa informação seria prejudicial, na visão da CUT, e implicaria violação das obrigações da entidade e mandato *vis-à-vis* seu estatuto, que prevê, justamente, a “promoção da liberdade e autonomia

131 “É vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.”

132 Cf. arts. 578 e ss. da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto nº 5.452, de 1943). Cf. item 5 *infra*.

133 Cf. documento ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012): Brazil – Freedom of Association and the Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining*, cit., p. 19-20.

134 A PEC nº 369 objetiva dar nova redação aos arts. 8º, 11, 37 e 114 da Constituição (Ementa: “Institui a contribuição de negociação coletiva, a representação sindical nos locais de trabalho e a negociação coletiva para os servidores da Administração Pública; acaba com a unicidade sindical; incentiva a arbitragem para solução dos conflitos trabalhistas e amplia o alcance da substituição processual, podem os sindicatos defender em juízo os direitos individuais homogêneos. Proposta da Reforma Sindical. Altera a Constituição Federal de 1988”).

sindical”, especialmente mediante a ratificação da Convenção nº 87. A CUT, ao objetivar a reforma trabalhista no Brasil, também apoiaria o fim do sistema da unicidade sindical¹³⁵.

De acordo com o governo brasileiro, dois outros instrumentos normativos teriam sido fundamentais, nos últimos anos, para assegurar o princípio da liberdade sindical no ambiente doméstico: (i) a Lei nº 11.648/08, ao reconhecer formalmente as centrais sindicais¹³⁶, permitindo a liberdade de associação aos sindicatos, que podem afiliar-se às centrais, e do próprio trabalhador diretamente representado; e (ii) a Portaria Ministerial nº 186, de 10 de abril de 2008, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe dos pedidos de registro sindical, ao reconhecer a filiação de um sindicato de primeiro grau a uma entidade sindical de grau superior. Segundo o Estado brasileiro, essa normativa vai além da noção já consolidada de exercício da liberdade sindical, por compreender a afiliação de entidades sindicais àquelas de grau superior e por criar mecanismos para registro de organizações sindicais de trabalhadores e empregadores¹³⁷.

O Brasil ainda manifesta, nas notificações feitas para a Revisão 2000-2012, que os maiores desafios para promoção e concretização da liberdade de associação residem no fortalecimento das entidades sindicais e na reforma do dispositivo constitucional que prevê que apenas uma única organização sindical pode ser criada para representar determinada categoria (profissional ou econômica) em dado território (art. 8º, § 2º, da CF/88)¹³⁸.

135 Vale destacar que a CUT representa a maior central sindical do Brasil, da América Latina, e a 5ª maior do mundo, com 3.438 entidades filiadas, 7.464.846 trabalhadoras e trabalhadores associados e 22.034.145 trabalhadoras e trabalhadores na base. Informações institucionais em: <<http://www.cut.org.br/institucional/38/historico>>.

136 Cf. art. 1º da Lei nº 11.648/08:

“A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas:

- I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e
- II – participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.

Parágrafo único. Considera-se central sindical, para os efeitos do disposto nesta Lei, a entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores.”

137 Cf. documento ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012): Brazil – Freedom of Association and the Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining*, cit., p. 21.

138 Segundo a Revisão Anual 200-2012, p. 25, o Governo brasileiro assim complementa: “Alterar o dispositivo não estaria em conformidade com o próprio entendimento das entidades sindicais no que diz respeito à necessidade de tais entidades serem representativas, ativas e preparadas para defender os trabalhadores e negociar avanços para o grupo de trabalhadores considerados. O desafio é, portanto, engajar os trabalhadores no movimento sindical, já que somente uma participação mais ampla tornaria o sindicato fortalecido. Isso exige do Governo a criação de um novo modelo de representação sindical. A promoção e concretização da liberdade de associação somente seriam possíveis com entidades sindicais fortes”.

Portanto, de um lado o Estado reconhece que existe a necessidade de mudanças constitucionais e legislativas, tanto em relação ao modelo de representação sindical como no tocante à unicidade estabelecida pela Constituição de 1988. De outro, afirma que o fortalecimento das entidades sindicais é condição *sine qua non* para a observância da liberdade sindical no contexto doméstico, não obstante as frustradas iniciativas de debate constitucional a respeito do tema¹³⁹.

Ainda na Revisão Anual 2000-2012, os especialistas da OIT declaram-se preocupados com o fato de o Brasil reiteradamente insistir em seu desinteresse de ratificar a Convenção nº 87, sobretudo porque, numa fase inicial do monitoramento dos relatórios, o país caminhava em direção à discussão sobre a reforma da Constituição de 1988 e da legislação em matéria trabalhista para ajustamento do direito interno às normas internacionais do trabalho¹⁴⁰.

Alertaram para o fato de que o Estado brasileiro fez esforços insuficientes para afastar os obstáculos à plena concretização da liberdade sindical e autonomia das entidades sindicais. Ainda seria, na visão dos consultores, um contrassenso absoluto, pois o Brasil, ao integrar os quatro Membros que concentram 52% da mão de obra total dos Membros da OIT, deixa de ratificar uma das convenções fundamentais do trabalho, supostamente relegando a proteção de direitos de trabalhadores e empregadores para seu ordenamento e prática internos¹⁴¹.

É evidente que o fato de o Brasil afirmar que já existem mecanismos de proteção aos direitos de trabalhadores em seu ordenamento interno não seria incompatível com os objetivos ulteriores das normas internacionais do trabalho contidas na Convenção nº 87, que são aqueles de maximizar as condições para o exercício da liberdade sindical e impedir medidas restritivas ao direito pleno de sindicalização nos direitos dos Membros da OIT. No entanto, a efetividade do princípio da liberdade sindical, no plano internacional, parece ir muito mais além do que a existência de sistema de registros de entidades sindicais (como o

139 Em especial, referência deve ser feita à PEC nº 623/98, arquivada em 2000, e à PEC nº 369/05, ainda em tramitação no Congresso Nacional.

140 ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012)*, cit., p. 27. Essa discussão, inclusive, não passou despercebida do Supremo Tribunal Federal nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988. Em seu voto no Mandado de Injunção nº 144 (acórdão de 03.08.92, publicado em 28.05.93, especificamente itens 22 e 23), o Ministro Sepúlveda Pertence salientou que, “no tema de que cuidamos, muitos se têm deixado seduzir a emprestar o seu próprio conceito ideal de liberdade sindical à investigação objetiva do que efetivamente tenha sido acolhido pela Constituição”. E conclui: “Nela, uma vez desmistificada, o que, na verdade, se pôs foi um sistema de liberdade sindical mais que relativo, no qual o caminho da aproximação aos parâmetros internacionais da Convenção nº 87 da OIT se viu significativamente obstruído pela força cinquentenária da resistência do modelo corporativo do Estado”.

141 ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012)*, cit., p. 27.

estabelecido atualmente pelo Ministério do Trabalho brasileiro, em observância à legalidade estrita) ou do vasto número de sindicatos em funcionamento num dado Membro, como repetidamente invocado pelo Estado brasileiro nas estatísticas oficiais.

Ela requer, antes, a oferta, aos trabalhadores e empregadores, de oportunidades plenas de exercício dos direitos, sem determinadas restrições ou condicionantes legais (e.g.: sindicatos por categorias econômicas e profissionais; contribuições compulsórias; controles maciços por registros e sistemas de autorização prévia) que poderiam ser tomadas, à luz do Direito Internacional do Trabalho, como absolutamente incompatíveis com as normas vigentes. O caso da Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical, demonstraria muito bem essa contradição técnica e, ao mesmo tempo, ontológica sobre a realização plena da liberdade e autonomia sindical: a crença, por parte de dado Membro, de que os recursos disponíveis, no direito interno, são suficientes para assegurar proteção de certos direitos e garantias fundamentais. E esse dado somente é possível de ser constatado e exteriorizado graças aos mecanismos de monitoramento e procedimentos especiais existentes na OIT¹⁴².

A transparência nas relações entre um dado Membro e a Organização Internacional do Trabalho, portanto, é reflexo da construção de um sistema altamente sofisticado de monitoramento de aplicação das normas internacionais, exigindo dos governos e legisladores a atenção constante para o ajustamento e modernização de seus direitos internos. E nesse sentido, como mencionado no item 4.2 *supra*, a Constituição da OIT, em suas sucessivas reformas, foi essencial para laçar “amarras” às convenções fundamentais e prioritárias, fazendo com que os Membros sejam mobilizados para a apresentação adequada dos relatórios de implementação das normas internacionais¹⁴³.

Trata-se, acima de tudo, de evidente dispositivo para expor determinado Estado (e suas políticas públicas em matéria laboral) à opinião pública internacional, portanto, levando-o ao escrutínio pelos vários atores nas relações internacionais. Não diferentemente, organizações sindicais, federações, ONGs, grupos de interesse (“lobbies”) são engajados nesse movimento, como a contrapartida oferecida pelos mecanismos de participação no sistema decisório da própria OIT.

142 Cf. itens 4.1 e 4.2 *supra*.

143 Cf. ALVAREZ, Jose E. The New Treaty Makers. In: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, p. 222.

5 – *RELAÇÃO ENTRE AS NORMAS DA CONVENÇÃO Nº 87 DA OIT E O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO*

5.1 – *Normas constitucionais sobre liberdade sindical e sindicalismo brasileiro*

A história da constitucionalização da organização sindical no direito brasileiro remete à ideologia política vigente na “Era Vargas”, na década de 1930, em que se defendia a visão corporativista da economia e do Estado, materializada na criação de órgãos representativos do capital e do trabalho¹⁴⁴. Na verdade, esse cenário era reflexo dos debates em nível global, em particular pela tensão entre modelos nos sistemas capitalista e socialista a partir das visões dos países da Europa Ocidental, Estados Unidos e antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

No modelo adotado pelo Estado autoritário de Vargas, a organização sindical deveria estar estruturada de forma piramidal, contemplando duplamente a *supervisão do Estado e delegação atributiva de poderes* para representantes de categorias econômicas (empresas) e profissionais (trabalhadores). Essas categorias é que estariam legitimadas a negociar, em nome de seus representados, normas coletivas em matéria laboral, como até hoje se verifica na prática¹⁴⁵.

Posteriormente, a criação da Justiça do Trabalho no Brasil, pela Constituição de 1934¹⁴⁶, foi uma resposta à supressão dos conflitos sociais emergentes das relações entre trabalho e capital, além de buscar remediar tensões estabelecidas pelas greves e levantes populares. As respostas da legislação interna, no entanto, foram distanciando-se de certas regras que seriam adotadas no plano

144 Em seu essencial estudo, Boris Fausto (*História do Brasil*, 11. ed. São Paulo: Edusp, 2003, p. 296 ss.) analisa a historiografia do sindicalismo no Brasil, apontando-a para os primeiros movimentos, ainda no final do século XIX, das sociedades de operários e sociedades beneficentes, passando pela promulgação do Decreto nº 979, de 6 de janeiro de 1903, do presidente Rodrigues Alves, que facultava “aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de Sindicatos para a defesa de seus interesses”, até chegar ao regime implementado por Vargas na década de 1930.

145 Cf. Otávio Pinto e Silva, *A Liberdade Sindical e a Imposição da Cobrança de Contribuição: Extinção da Contribuição Sindical Compulsória*. In: *RST* n. 268, Outubro/2011, p. 35 e ss.

146 A expressão “Justiça do Trabalho” surge com o art. 122 da Constituição de 1934, produto do Estado Novo de Getúlio Vargas. Havia debate na doutrina se a estrutura recém-criada integraria o judiciário nacional, como parte do Poder Judiciário, portanto, ou se legalmente seria concebida como parte da Administração Pública. A Justiça do Trabalho não foi instalada naquela ocasião, ainda que a Constituição de 34 previesse-a formalmente. Posteriormente, a discussão sobre a representação classista teria sido uma das razões para o fechamento do Congresso Nacional e implantação do Estado Novo em 1937. A Constituição de 10 de novembro de 1937, que substituiu a de 1934, manteve a Justiça do Trabalho como órgão na esfera administrativa (art. 139). Sua criação, no entanto, ocorreu em 1º de maio de 1939, pelo Decreto-Lei nº 1.237. Somente com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho foi transformada em órgão do Poder Judiciário (art. 94, inciso V; arts. 122 e ss).

internacional, posteriormente, como revelava o caso específico da Convenção nº 87 da OIT de 1948.

No quadro normativo brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho e as constituições posteriores estruturaram os seguintes elementos da organização sindical brasileira:

“i) *unicidade sindical*, baseada na existência de um único sindicato representativo de categoria profissional e econômica, em determinada base territorial;

ii) *modelo hierárquico-confederativo*, baseado no relacionamento ordenado entre sindicatos, federações e confederações, órgãos constituídos por categorias e ramos de atividade econômica;

iii) *subordinação das organizações sindicais* ao Estado, do qual dependia, na figura do Ministério do Trabalho, a autorização para funcionamento, registro e fiscalização das atividades, com poderes de intervenção;

iv) *pagamento de contribuição sindical compulsória*, recolhida pelo Estado e destinada à manutenção das entidades sindicais;

v) *predeterminação das funções sindicais*, com a qual as entidades sindicais eram consideradas, na prática, cooperadas dos poderes públicos constituídos.”¹⁴⁷

Teoricamente, admitindo-se qualquer justificativa – questionável – na supremacia dos poderes constitucionais, o Estado pode manter posicionamentos distintos em relação às organizações sindicais: tolerar; proibir; reconhecer; criando compulsoriamente, sem liberdade de sindicalização ou de associação; criando compulsoriamente, com liberdade de sindicalização ou de associação, sem sindicato único ou com sindicato único, tudo à luz da conveniência e da maior ou menor flexibilidade de um determinado modelo¹⁴⁸.

No curso da história do constitucionalismo brasileiro, entre 1930 e 1937, as associações profissionais e os sindicatos simbolizavam forças opostas: alguns

147 Vale destacar, por exemplo, a antiga norma contida no art. 138 da Constituição de 1937, embrião desse sistema unitário e subjugado pela autoridade estatal: “A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público”.

148 Cf. CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Vol. II, p. 1.042.

grupos, ligados à ideologia político-partidária de Getúlio Vargas, e outros a ela contrários expunham duas tendências que caracterizaram as distintas transformações nas constituições nacionais quanto à liberdade associativa para fins sindicais: a *unicidade* e a *pluralidade*. Basicamente, refletia-se ainda no dilema da criação de sindicatos por categorias, endossada pelo Estado, ou de vários sindicatos independentes, com representatividade desvinculada de atos formais ou de atribuição de existência e validade para as organizações constituídas.

Em 1934, a Assembleia Nacional Constituinte era contrária ao estabelecimento de sindicatos únicos. Por isso, o art. 120 da Constituição de 1934 refletiu a vertente plurissindical (“a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos”, tendo ambos, o sindicato e a associação profissional, representação política no Legislativo).

A emergência do Estado Novo, com o golpe de 10 de novembro de 1937, simbolizou o regresso nas já insipientes instituições políticas e sociais brasileiras e, com manifesta inspiração nazifascista, veio a Constituição de 1937 alterar a orientação sindicalista preexistente. Segundo aquela “nova ordem constitucional”, somente os sindicatos “regularmente reconhecidos pelo Estado” teriam o direito de representação legal de seus membros – participantes da categoria profissional para os quais eram constituídos. Esse direito de representação se estende ao direito de defesa administrativa e em juízo dos membros perante o Estado e outras organizações sindicais, além de estabelecer negociações coletivas em nome de seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público¹⁴⁹.

Percebe-se, assim, que a Constituição de 1988 não modificou, na essência, o modelo da unicidade sindical e de representação de categorias profissionais e econômicas na mesma base territorial, com exceções importantes, no entanto, para as transformações relativas à gradual autonomia da organização sindical e à composição de conflitos na esfera das relações do trabalho¹⁵⁰.

149 Cf. art. 138 da Constituição de 1937. As constituições subsequentes mantiveram o conteúdo central da fórmula do constituinte de 1937: art. 159 da Constituição de 1946, art. 159 da Constituição de 1967, e art. 166 da EC nº 1, de 1969.

150 Cf. por exemplo, opinião de Amauri Mascaro Nascimento, *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 1.110: “A Constituição de 1988 rompeu em diversos pontos com o sistema intervencionista da CLT, em especial ao vedar a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical; princípio que levou o Ministério do Trabalho e Emprego a concluir que qualquer atuação que pudesse ter sobre o movimento sindical, incluindo o reconhecimento de sindicatos, a expedição de cartas sindicais, a solução das disputas entre sindicatos que se intitulavam representantes de uma categoria, a sua participação em assembleias sindicais e a exigência de estatuto padrão para entidades sindicais, seria contrária à Constituição”.

DOUTRINA

O art. 8º representa o “núcleo duro” da liberdade sindical e, por conseguinte, do projeto constitucional para a organização sindical no Brasil:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a um sindicato;

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.”

Igualmente, o art. 5º da Constituição Federal, no rol de direitos e garantias individuais, estabelece um conjunto normativo concernente à proteção das relações associativas em que os cidadãos brasileiros e estrangeiros estejam envolvidos, como preveem os seguintes incisos:

DOCTRINA

“XVII – ‘é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar’;

XVIII – ‘a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento’;

XIX – ‘as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado’;

XX – ‘ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado’;

XXI – ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’.”

Nesse passo, é importante observar que a prática dos *procedimentos especiais* no âmbito da OIT em relação ao Brasil – como demonstra o repertório de casos levados ao Comitê de Liberdade Sindical – tem evidenciado que a Constituição de 1988 não deixa de conferir suficientes mecanismos para a tutela da liberdade sindical, direitos de sindicalização e negociação coletiva, compatíveis, portanto, com normas e princípios do Direito Internacional do Trabalho.

O art. 8º, inciso I, da Constituição expressamente veda a interferência e intervenção do Poder Público nas organizações sindicais. Igualmente, a Constituição estabelece que a principal função do sindicato é a “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria”, inclusive em questões judiciais ou administrativas (CF/88, art. 8º, inciso III). A Constituição consagra, ainda, a liberdade de associação em sentido positivo e negativo – i.e., qualquer trabalhador pode se tornar membro de determinado sindicato, mas nenhum trabalhador é obrigado a permanecer vinculado a qualquer entidade sindical (art. 5º, XX, c/c art. 8º, inciso V, da CF/88); e ela prevê a participação obrigatória de sindicatos em negociações coletivas do trabalho (e.g.: art. 8º, inciso VI).

Como se vê, são três regras muito distintas.

A primeira estabelece um dever de abstenção do Estado – em seus três poderes – em relação a atos, condutas e práticas que coloquem em risco a vida da organização sindical (atos de interferência e intervenção), bem como sinaliza ao legislativo e ao executivo os limites constitucionais quanto à elaboração de normas em matéria trabalhista e sindical. Assim, nenhum ato normativo pode pretender introduzir exigências ou requisitos para a criação, constituição de

organizações sindicais no ordenamento brasileiro, salvo a hipótese de registro no órgão competente (no caso, o Ministério do Trabalho).

A segunda, sobre os dois sentidos admitidos para a liberdade de associação em material sindical – positivo e negativo – otimiza o *determinismo* e a *autonomia sindical* do trabalhador, assegurando liberdade decisória para que este participe ou não como membro associado de um sindicato. E a última oferece uma garantia institucional dupla: assegura a participação obrigatória dos sindicatos em negociações coletivas do trabalho, permitindo, por consequência, que trabalhadores sejam minimamente representados e beneficiados.

No entanto, ainda que o núcleo duro do art. 8º da Constituição preveja ampla liberdade associativa para fins sindicais e profissionais, a doutrina aponta algumas restrições de questionável constitucionalidade estabelecidas em nível infraconstitucional¹⁵¹. Entre elas estariam, por exemplo, as vedações ao exercício à atividade econômica, direta ou indiretamente, assim como qualquer atividade político-partidária, como disciplinam, respectivamente, os arts. 521 e 564 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Igualmente, a lei infraconstitucional aprofunda uma ordem de setorialização ou segmentação da organização sindical (as “categorias profissionais”, no espaço amplo da regra do art. 8º, inciso II, da CF/88), além de obrigar seus membros ao pagamento de contribuições compulsórias para repartição entre as associações profissionais ou econômicas que os representem, resquícios da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 1969¹⁵².

É desnecessário ressaltar que a CLT, no momento histórico em que foi concebida, espelhou-se em importantes conquistas no campo dos direitos sociais, mas também de uma perspectiva quiçá arbitraria e relativista, impondo limitações significativas à autonomia privada em matéria laboral. E essas limitações foram subsequentemente revelando constrições preocupantes ao exercício pleno da liberdade associativa em matéria sindical – princípio erigido, como examinado, a fundamento do sistema internacional do trabalho e componente dos direitos fundamentais da pessoa humana¹⁵³.

151 Criticamente, cf. importantes trabalhos dos Professores Octavio Bueno Magano, Proposta de Emenda Constitucional e Convenção nº 87 da OIT. In: *LTr: Revista Legislação do Trabalho*. v. 63. n. 1. 1999, p. 9 e ss; Otávio Pinto e Silva, A Liberdade Sindical e a Imposição da Cobrança de Contribuição: Extinção da Contribuição Sindical Compulsória. In: *RST* n. 268, Outubro/2011, p. 35 e ss.

152 Cf., por exemplo, as regras contidas no art. 159, § 1º, da Constituição de 1967; e art. 166, § 2º, da EC nº 1, de 1969.

153 Cf. itens 2.4 e 3.1 *supra*.

Por isso mesmo, as questões levantadas no ambiente normativo doméstico não seriam apenas de resgate dos embates ideológicos do modelo sindical adotado no Brasil desde a Era Vargas ou de fundo constitucional. Elas são, antes, como examinadas no presente artigo, passíveis de escrutínio à luz da compatibilidade de normas do direito interno do trabalho com as normas internacionais relevantes, particularmente as decorrentes dos tratados e convenções da OIT e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É imperiosa, assim, mudança de visão do legislador e dos tribunais brasileiros quanto à necessidade de revisar e/ou esclarecer o alcance de normas internas relativas à organização sindical, ao projeto constituinte de 1988, a fim de assegurar-se o respeito aos princípios e normas internacionais do trabalho, como aqueles previstos na Constituição da OIT, na Declaração de Filadélfia, de 1944, e na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998¹⁵⁴. A liberdade sindical e o direito de sindicalização, como examinado, integram essa categoria específica.

A análise também deve estar respaldada na aplicação do *princípio da primazia* do Direito Internacional dos Direitos Humanos (com referência, portanto, aos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF/88), na *interpretação consistente e evolutiva* dos tratados internacionais e no chamado *controle de convencionalidade* das normas de direito interno¹⁵⁵, em particular quando examinadas leis e regulamentos em matéria de direito do trabalho, de natureza infraconstitucional, e aquelas relativas à liberdade sindical e ao direito de sindicalização.

5.2 – Relação entre as convenções fundamentais da OIT e o Direito interno

Os itens 2.4 e 2.5 *supra* exploraram, em breves considerações, as características marcantes e os elementos das convenções fundamentais da OIT e as interações por elas mantidas com o Direito Internacional dos Direitos Huma-

154 Retomam-se, aqui, inclusive, as percepções do Professor Arnaldo Süssekind (Controle Regular na Aplicação das Normas da OIT, cit., p. 5-7) de que a observância das normas e princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho, em particular aquelas decorrentes da Constituição da OIT e Declaração da Filadélfia, deve ser encarada à luz da responsabilidade internacional do Estado, pelos atos de qualquer de seus poderes que importem a violação de um tratado ao qual aderiu por manifestação expressa e soberana.

155 Como observa André de Carvalho Ramos (*Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250 e ss), o controle de convencionalidade pode ser internacional, hipótese em que atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados em confronto com seus compromissos internacionais, atribuído, em geral, a órgãos compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais; e nacional, quando os tribunais internos realizem exame de compatibilidade das normas domésticas com as normas internacionais, em casos concretos, portanto, de modo difuso.

nos. Essas notas devem ser retomadas para justificar, nesse passo, a primazia de certas normas internacionais sobre o direito interno, sobretudo pela matéria que regulam.

De início, é importante observar que a *prevalência* e a *aplicação imediata* das normas de direitos fundamentais, no regime constitucional brasileiro pós-88, foram *opções expressas* do constituinte, consubstanciadas, em concreto, pelas regras dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

A interpretação do art. 5º, § 2º, em particular, nunca deixou de levantar truncadas questões hermenêuticas do ponto de vista do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional. A crítica, já antiga, e sempre muito oportuna, da doutrina jusinternacionalista¹⁵⁶ referia-se justamente ao anacronismo da tese generalista, entabulada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, ainda na década de 1970¹⁵⁷, e que continuava a ser retomada após a entrada em vigor da Constituição de 1988.

No RE nº 80.004 veiculava-se uma questão de conflito entre a lei material interna e as normas da Convenção de Genebra sobre a Lei Uniforme relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias de 1966, com o que o STF entendeu ser possível a modificação de tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento interno, por leis internas a eles posteriores. No

156 *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000. p. 118 e ss.

157 Cf. Voto do Min. Xavier de Albuquerque, acórdão de 27.11.77, cuja ementa se transcreve: “Validade do Decreto-Lei nº 427, de 22.01.69. Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária.

limite, consagrava-se a absurda máxima de que, em caso de antinomia cronológica, prevaleceria a aplicação da regra *lex posteriori derogat priori* (a lei posterior revoga a anterior), não importando a origem e a natureza da norma jurídica em questão (se convencional, constitucional ou infraconstitucional). Segundo os debates travados no STF, esse seria o resultado mais adequado pelo fato de inexistir critério expresso na Constituição para dirimir um conflito entre lei interna e tratados internacionais¹⁵⁸.

Contra a orientação preconizada pelo STF manifestava-se frontalmente o Professor Albuquerque Mello:

“A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nessa matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nessa matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nessa matéria, adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas.”¹⁵⁹

Esse tema foi posteriormente polemizado pela importante insistência da doutrina preconizada por Cançado Trindade¹⁶⁰, a favor de uma interpretação consistente do art. 5º, § 2º, da Constituição, que permitiria a ampliação material do rol dos direitos fundamentais, inseridos na Carta, para todos aqueles internacionalmente positivados e recepcionados mediante tratados e convenções de que o Brasil seja parte e cujas normas seriam de observância e aplicação imediatas, com hierarquia constitucional, portanto¹⁶¹.

Até a modificação introduzida pela Emenda nº 45/04, com o acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, os sucessivos casos apreciados pelo

158 Apesar de ter sido prevalente essa tese, houve divergência e votos dissidentes, que levaram a considerar também a adoção do princípio da primazia do Direito Internacional sobre o direito interno e a possibilidade concreta de colisões entre normas internacionais e normas internas.

159 *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I, cit., p. 118.

160 *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

161 *Idem*, p. 631: “A novidade do art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988 consiste no acréscimo ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”.

STF em matéria da constitucionalidade da prisão civil por dívida em alienação fiduciária em garantia e a hipótese de aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José) foram alcançando resultados dúbios e frustrantes quanto à afirmação da prevalência das normas de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro. O STF ainda insistia na aplicação de um princípio geral de paridade entre tratados e leis ordinárias¹⁶².

No Recurso em Habeas Corpus nº 79.785 – RJ, julgado em 29 de março de 2000, o então Ministro Sepúlveda Pertence se manifestou em defesa do *caráter suprallegal* dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno brasileiro, o que fez com que o STF fosse caminhando para uma rediscussão do tema:

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADIn nº 1.480, com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção aos direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente as leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como a recepção das anteriores à Constituição. Se assim é, a primeira vista, parificar as leis ordinárias aos tratados a que alude o art. 5º, § 2, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil à inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos!”

Como se sabe, a mutação constitucional promovida pela Emenda nº 45/04, ao incluir o § 3º do art. 5º da Constituição, não resolveu, do ponto de

162 Exemplos disso é o acórdão no HC nº 72.131 RJ, Rel. Ministro M. Aurélio Mello, de 23 de novembro de 1995, com a opinião predominante do Min. Moreira Alves, manifestando a tese da paridade dos tratados internacionais com a lei ordinária: “*Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988. Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de San José da Costa Rica. *Habeas corpus* indeferido, cassada a liminar concedida”. Criticamente, cf. GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian B. . “A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira”. In: *Revista Jurídica*, v. 10, n. 90, 2008, p. 01-34.

vista formal, a questão de determinar qual seria o *status* e hierarquia das normas de tratados internacionais no ordenamento interno, muito menos em relação às próprias normas constitucionais. A única ressalva que se fez é aquela quanto à regra de potencial alteração de normas constitucionais por normas de tratados relativos a direitos humanos, ratificados pelo Brasil e que tenham sido submetidos à apreciação do Congresso, com aprovação em cada Casa, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros:

“Art. 5º

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais.”

O novo dispositivo, para além de despertar mais críticas e resultados incongruentes, buscou apenas consolidar uma regra formal de paridade entre normas de tratados de direitos humanos, submetidos ao procedimento especial ali previsto, e as normas decorrentes de emendas constitucionais, portanto, com efeitos reformadores em relação à Constituição. Por sua natureza e finalidade, essa norma constitucional também estaria sujeita aos limites inerentes do poder constituinte derivado (e.g.: impossibilidade de alteração de certas matérias, como aquelas veiculadas pelas chamadas *cláusulas intangíveis*, do art. 60, § 4º, da CF/88).

E seria tão mais absurdo, em pleno século XXI, levar adiante qualquer argumento hipotético, doutrinário e jurisprudencial, de que tratados e convenções – atos internacionais que são submetidos à imperatividade do *jus cogens* – teriam como escopo aquele de suprimir (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes; (iv) os direitos e garantias individuais. Muito menos para tratados e convenções destinados a regulamentar, justamente, a proteção internacional da pessoa humana!

Também é verdade que a processualística de aprovação de tratados e convenções pelo Congresso Nacional, no direito brasileiro, em virtude da regra de competência estabelecida pelo art. 49, I, da Constituição de 1988, serve como garantia de proteção de valores constitucionais formais e materiais. A prática do STF, na interpretação legalista que faz de sua própria competência (art. 102, III, alínea *b*, da CF/88), vem firmando a orientação de que é possível o controle de constitucionalidade de tratados firmados pelo Brasil, em qualquer área normativa, inclusive naquela dos direitos fundamentais.

No caso *MPF/Jorgina de Freitas*, o STF discutiu a aplicação das normas constitucionais brasileiras relativas à garantia do duplo grau de jurisdição, estabelecidas no direito interno, e aquelas decorrentes do Pacto de San José da Costa Rica¹⁶³, confirmando a orientação de que “assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados”¹⁶⁴.

Em *Banco Bradesco/Cardoso*¹⁶⁵, o Ministro Gilmar Mendes analisou a questão da aplicação das correntes que consideram a primazia das normas dos tratados internacionais sobre o direito interno, sustentando estar o Estado brasileiro entre os estados “fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”¹⁶⁶. E vai além: “Uma vez que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou, ainda, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil”.

Partindo dessa perspectiva – com olhos exatamente voltados para os aspectos formais do controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro –, o Ministro Gilmar Mendes duvida que o argumento da presunção de convergência de valores supremos protegidos nos âmbitos internos e internacional em matéria de direitos humanos resolveria a polêmica da hierarquia das normas convencionais no direito interno. Em suma, observa:

“A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’ poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente. A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarriaria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para

163 STF, *Ministério Público Federal/Jorgina Maria de Freitas*, RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.02. Cf. Art. 8.2 (h) da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

164 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79.785/RJ. In: DJ, 22.12.02, p. 281.

165 STF, RE 466.343/SP, Tribunal Pleno, Ministro-Relator Cezar Peluso. Acórdão de 04.06.09.

166 Voto Vogal do Min. Gilmar Ferreira Mendes no RE 466.343/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>.

exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”¹⁶⁷

Parece, no entanto, que o reconhecimento da hierarquia supralegal ou mesmo constitucional dos tratados de direitos fundamentais no ordenamento brasileiro não depende apenas da atribuição de regras de competência interna, como a de controle de constitucionalidade (para o STF) e de aprovação dos atos internacionais pelo Congresso Nacional.

O mesmo pode ser dito para quem quer que sustente ser do Congresso, em última análise, a decisão unilateral de classificar, nomear ou não determinada convenção como sendo relativa a direitos fundamentais para o efeito de enquadrá-la nas hipóteses contidas nas regras dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. É claro que essa poderia ser a solução mais simplista segundo uma interpretação literal desses dispositivos ou de um legalismo excessivo à luz da conveniência do juiz no caso concreto.

A determinação de qualquer *valor material de convenções de direitos humanos*, no entanto, é decisão que surge do consenso de Estados, das conferências multilaterais, do trabalho dos órgãos internacionais envolvidos nas competências internacionais de proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e passa para o reconhecimento nas esferas internas de poder dos Estados, e ali recepcionada por suas respectivas ordens jurídicas internas.

Do mesmo, em tese, poderiam existir normas constitucionais inconstitucionais, ou que se tornam inconstitucionais pela simples mutação de valores constitucionais materiais, como mesmo comprova a realidade do constitucionalismo brasileiro pós-88¹⁶⁸. Ainda que se fale em “supremacia da Constituição”, como argumento principal para justificar que as normas constitucionais estatais tenham primazia sobre as demais normas do ordenamento, na melhor das releituras kelsenianas possíveis¹⁶⁹, qualquer interpretação legalista dos tri-

167 *Idem*, p. 6.

168 Sem buscar levantar a polêmica questão que permanece entre constitucionalistas, a tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais remete à obra do jurista alemão Otto Bachof. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p. 23 e ss., e propugna pela existência de limitações ao Poder Constituinte Originário.

169 Cf., por exemplo, J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 241), assim se manifestando: “Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A Constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do Estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da Constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”.

bunais internos ou mesmo das cortes supremas poderia simplesmente distorcer os *resultados aplicativos* das normas decorrentes de tratados ou convenções (i.e.: das normas internacionais) para negar-lhes efeito ou limitar a eficácia. E não poupariam, sequer, convenções específicas que versem sobre matéria de direitos fundamentais da pessoa humana.

Por essas razões, seria necessário retornar ao escopo original e ao primário das regras constitucionais que conferem autoaplicabilidade às normas de direitos fundamentais e àquelas que objetivam incluir outras fontes (e.g.: normas advindas de tratados internacionais) ao rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição (cf. art. 5º, §§ 1º e 2º).

Qual seria a projeção ou perspectiva constitucional para a substantivação dessas regras, como insertas justamente no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º? A atual conformação ou configuração do Direito Internacional dos Direitos Humanos autorizaria uma interpretação unilateral, por cortes constitucionais internas, que minimizem, reduzam ou rejeitem o alcance e a função de certos direitos fundamentais da pessoa humana, como tais estabelecidos por tratados e convenções nessa matéria?

Certamente não. As cortes internas não podem reduzir nem mesmo rejeitar direitos fundamentais reconhecidos em tratados e convenções internacionais, sob o pretexto de incompatibilidade com o direito interno, quer em nível constitucional ou infraconstitucional. E no caso do Brasil, segundo o art. 5º, § 3º, há proibição de ordem constitucional no que diz respeito a tratados e convenções aprovados pelo Congresso Nacional.

Contudo, a pergunta que permanece é com base em qual fundamentação as cortes internas brasileiras deixariam de observar uma fonte internacional que consagra direitos humanos ainda que “não aprovada” pelo Congresso Nacional? Levado o argumento ao extremo, poderiam simplesmente não servir aos brasileiros os direitos humanos reconhecidos internacionalmente?

Por essas razões, entendemos que a vontade implícita do legislador com a Emenda Constitucional nº 45/04 é mais ampla do que aquela que restou explícita no texto. Isto é, examinados conjuntamente os §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, não é difícil concluir que todos os tratados e convenções que consagram direitos humanos fazem parte da ordem jurídica brasileira: (i) os não aprovados pelo Congresso Nacional por força do § 2º (que não existia nas constituições anteriores e por isso tem razão de hoje ali estar); (ii) e aqueles aprovados pelo Congresso por força do § 3º.

Mas se assim é, o que justificaria a existência do § 3º do art. 5º da Constituição brasileira?

Essa é a indagação central que se faz hoje em direito internacional quando enfrentamos, no Brasil, a discussão a respeito do conflito entre as fontes (internas e internacionais). A finalidade do § 2º do art. 5º é não deixar de fora do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, ademais dos princípios por ela adotados, os tratados internacionais de que o Brasil seja parte (signatário). Contudo, o juízo de admissibilidade e de aplicação desses tratados na ordem jurídica interna estaria nas mãos dos julgadores (e intérpretes). A aplicação do direito reconhecido na fonte internacional depende, por conseguinte, da análise do julgador. E isso se aplica a todo e qualquer tratado internacional, independentemente de pertencer ao rol dos direitos humanos (ou não). Se, por outro lado, forem tratados e convenções de direitos humanos, e estiverem aprovados pelo Congresso Nacional, *ipso facto*, já integram o arcabouço jurídico constitucional interno e o julgador não pode negar-lhes reconhecimento e aplicação.

Portanto, o que se sustenta aqui é a análise conjunta dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição. Mas não uma análise superficial e apressada, descartada do mesmo histórico evolutivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e dos processos de constitucionalização nos Estados. Devemos buscar as fontes materiais e de inspiração do legislador constituinte e preencher eventuais lacunas com sua intenção implícita real (e não apenas a declarada no texto) – que somente pode ser aquela de aumentar o patrimônio jurídico das pessoas e nunca restringir ou limitar.

Evidentemente, nesse contexto se insere o debate sobre a interação entre as normas do Direito Internacional do Trabalho (DIT) e o direito interno. Entre os exemplos mais emblemáticos, além do caso examinado no presente trabalho, estaria, por exemplo, a polêmica sobre a aplicação das normas da Convenção nº 158, sobre o Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador¹⁷⁰.

Em recente manifestação, o Ministro Joaquim Barbosa, do STF, expressou sua opinião de que a Convenção nº 158 da OIT veicula matéria de direitos fundamentais nas relações de trabalho, e que ela se enquadra na categoria dos

170 A Convenção nº 158 da OIT, sobre Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, aprovada na 68ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1982, entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo nº 68), ratificada pelo Governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995, para que entrasse em vigor doze meses depois. Posteriormente, o Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, promulgou o texto oficial. Passados apenas sete meses, o Executivo denunciou a ratificação da Convenção pela nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, subscrita pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (Ofício nº 397, de 20.11.96). Pelo Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso promulgou a denúncia, anunciando que a mencionada convenção deixaria de vigorar no Brasil a partir de 20 de novembro de 1997.

atos internacionais do art. 5º, § 2º, a fim de “inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro”. Segundo ele, a Convenção em questão também teria caráter supralegal, “porém infraconstitucional”, com o que seria possível concluir que denúncia feita pelo Presidente da República, sem a prévia aprovação do Congresso Nacional, e “promulgada” por decreto presidencial, seria absolutamente impossível (no caso, o Decreto nº 2.100/96, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT)¹⁷¹.

Isso porque a denúncia da Convenção, tecnicamente, representa a diminuição qualitativa e quantitativa dos níveis de proteção de certos direitos fundamentais no ordenamento interno. E ela afigura-se contraditória do ponto de vista de um *sistema constitucional aberto*, que assegura *status* especial para normas materialmente constitucionais, como seriam aquelas de direitos e garantias individuais concernentes às relações de trabalho¹⁷². Igualmente, qualquer ato ou prática doméstica, portanto, do Estado, que resulte em prejuízos à observância das normas internacionais, conduz à inevitável conclusão de que o Brasil não poderia permanecer imune à imputação de responsabilidade internacional pela violação de obrigações multilaterais assumidas no âmbito da Organização Mundial do Trabalho¹⁷³.

171 Voto de Vista do Ministro Joaquim Barbosa na ADIn nº 1.625/DF, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, acórdão de 03.06.09. (ADI-1625).

172 Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, a Convenção nº 158 não seria um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos, apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, caberia cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC nº 45/04 a essa Convenção. No ponto, afirmou que, apesar de o Decreto que incorporou a Convenção ao direito brasileiro ser de 1996, ainda que não se admitisse a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/04 possuísem estatura constitucional, seria plausível defender que possuísem estatura supralegal, porém infraconstitucional. Reconhecido o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e considerando-se a Convenção nº 158 da OIT como um tratado de direitos humanos, concluir-se-ia não ser possível sua denúncia pelo Poder Executivo sem a intervenção do Congresso Nacional. Do contrário, permitir-se-ia que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo, e, ainda, que o Poder Executivo, por vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional (Informativo STF – nº 549, Brasília, 1º a 5 de junho de 2009, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo549.htm>>.)

173 Sobre o tema, cf. BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. “A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não aplicação da Convenção nº 158”. In: *Revista de Direito do Trabalho*, n. 96, 1996, p. 105 e ss; BASSO, Maristela. A Convenção nº 158, da OIT e o Direito Constitucional brasileiro, In: *Trabalho & Doutrina*, n. 11, 1996, p. 30-39. Na visão de Hildebrando Accioly (*Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I, Rio de Janeiro, 1956, p. 299), o Estado sempre será responsável pelos atos de qualquer de seus poderes que impliquem a violação de um tratado que tenha firmado ou ao qual tenha aderido. Ainda que uma norma internacional venha ser retirada do ordenamento interno, por colidir com norma constitucional superveniente, essa circunstância não excluirá a responsabilidade do Estado pela violação do tratado.

Aprofundemos um pouco mais esse debate com vistas a examinar com mais cuidado as relações entre normas internacionais do trabalho e o direito interno brasileiro.

5.3 – Normas internacionais relativas à liberdade sindical e o Direito brasileiro

Ainda que se sustente, do ponto de vista formal, que o Brasil não tenha ratificado a Convenção nº 87 da OIT, existem outras fontes normativas a serem observadas quanto à plena efetividade do princípio da liberdade sindical e da proteção do direito de sindicalização no ordenamento jurídico brasileiro.

A imperatividade desse princípio, como comando ou mandamento otimizador das relações jurídicas envolvendo empregadores, trabalhadores e autoridades públicas (i.e.: o Estado, em seus diversos poderes constituídos), decorre justamente, para o caso brasileiro, do conjunto de normas internacionais que vinculam o Brasil. No plano multilateral (ONU, OIT) e regional (OEA, Mercosul), o Estado brasileiro encontra-se obrigado a respeitar direitos fundamentais da pessoa humana como já tivemos a oportunidade de observar¹⁷⁴.

Do mesmo modo, a Constituição de 1988 prevê, entre os princípios condutores das relações internacionais, a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II), com a qual todas as condutas do Estado, internas e externas, devem se compatibilizar, inclusive aquelas de natureza legislativa e jurisdicional. O princípio da *dignidade da pessoa humana* é tomado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88), e se aplica tanto às relações entre Estado e indivíduos quanto entre particulares, também concretizável nas relações de direito do trabalho.

Como observado, a constelação de normas internacionais que estabelecem garantias e proteção dos direitos fundamentais, entre os quais se encontra a liberdade de associação para fins sindicais e a não intervenção do Estado na existência, funcionamento e manutenção de organizações de empregadores e trabalhadores, aponta para as seguintes fontes convencionais, às quais o Brasil está imediatamente vinculado, de modo não exclusivo:

- “i) Declaração de Direitos Humanos de 1948; Artigo XXXIII;
- ii) Constituição da Organização Internacional do Trabalho;
- iii) Convenção nº 98, relativa ao Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva, de 1949;

174 Cf. itens 2.4 e 2.5 *supra*.

- iv) Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966;
- v) Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966;
- vi) Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José);
- vii) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).”

Algumas observações aqui são necessárias para esclarecer a necessária interação ou diálogo entre as fontes na tarefa de solução de conflitos envolvendo a liberdade sindical no direito brasileiro, guiando, portanto, nossos tribunais em casos concretos.

Na esteira do desenvolvimento das fontes do Direito Internacional, da especialidade das disciplinas a ela relacionadas, da proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não seria mais coerente sustentar que apenas e tão somente a Convenção nº 98, ratificada pelo Brasil e, portanto, incorporada segundo o procedimento complexo previsto para tratados e convenções no direito interno, pode ser invocada perante os tribunais brasileiros.

Com efeito, a Convenção nº 98 disciplina situações envolvendo condutas antissindicais eventualmente direcionadas a organizações de empregadores e trabalhadores nos Membros da OIT, mas ela é indissociável da Convenção nº 87¹⁷⁵. Do ponto de vista do Direito Internacional do Trabalho, ambas são convenções fundamentais.

175 Assim, por exemplo, não seria possível insistir na adoção da teoria monista (cf. Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes; 1998, p. 515 e ss.) ou a teoria dualista (baseada na escola defendida por Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*. Anton Hain, 1899); *idem*, Les rapports entre le droit interne et le droit international, in *Recueils des Cours*, vol. 01 (1923), p. 73 e ss (*As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*. Belo Horizonte, 1964 [Tradução de Amílcar de Castro]; e Dionisio Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*. Vol. I: Introduzione e teorie generali. 3d. ed. 1928), para justificar as interações entre direito interno e internacional, com intuito de excluir a aplicabilidade de tratados ratificados e não ratificados pelos tribunais internos, no caso específico, a normas internacionais do trabalho. Especificamente quanto às convenções fundamentais da OIT, essa dicotomia seria ainda mais inútil, pois nega a coerência sistêmica e a finalidade desses instrumentos no domínio do DIT e seus respectivos efeitos nos direitos internos.

Do ponto de vista evolutivo, a Convenção nº 98 foi desenvolvida, justamente, para equacionar questões abertas, que permaneceram não equacionadas na Conferência Internacional do Trabalho que levou à adoção da Convenção nº 87, de 1948. Assim mesmo, a aplicação isolada das normas da Convenção nº 98 pelos tribunais brasileiros – apoiados na premissa da mera ratificação – não faz muito sentido.

Trata-se de um caso mais paradoxal ainda, pelo qual se pretende sustentar a aplicação das normas de um tratado isoladamente, sem a consideração do contexto e objetivo por elas representados, que são propriamente aqueles de inserção das convenções fundamentais do trabalho no quadro normativo básico estruturado pela Constituição da OIT, da Declaração da Filadélfia, de 1944, e da Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998.

Assim, seria desejável e coerente que os tribunais brasileiros recorressem, nos casos concretos envolvendo organizações sindicais, à aplicação das normas da Convenção nº 87, ainda que admitida como *tratado não ratificado*, mas vinculantes na medida em que os Membros da OIT, como é o caso do Brasil, tenham formalmente ratificado a Constituição e adotado a Declaração de Princípios e Direitos do Trabalho¹⁷⁶.

Isso porque a leitura do art. 15 da Convenção nº 87 poderia levar à falsa premissa de que os direitos e obrigações ali consagrados somente são exigíveis na medida em que um Membro a tenha ratificado e depositado o instrumento de ratificação relevante perante o Diretor-Geral da Organização, sem qualquer consideração relativamente ao conjunto de normas vigentes no Direito Internacional do Trabalho.

Outro importante parâmetro de hermenêutica seria o de analisar a compatibilidade das normas do direito brasileiro em matéria sindical com outras normas convencionais, em especial aquelas do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, como o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, de 17 de novembro de 1988 (“Protocolo de São Salvador”)¹⁷⁷.

176 Essa é, inclusive, a interpretação favorável recentemente invocada pelo TST ao apreciar os seguintes casos *Sinthoresp vs. Bar e Lanches Alameda*, AIRR-112100-37.2008.5.02.0065, 2ª Turma, Ministro-Relator José Roberto Freire Pimenta, acórdão de 20 de junho de 2012; TST, *Sinthoresp vs. Aleção*, AIRR-140900-80.2008.5.02.0031, 1ª Turma, Ministro-Relator Lelio Bentes Corrêa, acórdão de 20 de junho de 2012; *Sinthoresp vs. Casa Branca*, AIRR-219540-27.2005.5.02.0056, 7ª Turma, Ministra-Relatora Delaíde Miranda Arantes, 27 de junho de 2012. Todos eles retomam a seguinte passagem para justificar a observância necessária da Convenção nº 87, de 1948, tratado não ratificado pelo Brasil: “A jurisprudência da colenda SBDI-I pacificou-se no sentido de que as contribuições assistencial e confederativa apenas são devidas pelos empregados e empresas efetivamente associados à entidade sindical, em respeito ao princípio da liberdade de associação e de sindicalização, consagrado no art. 8º, V, da Constituição da República. Tal dispositivo dá efetividade, no plano normativo interno, ao princípio erigido no art. 2º da *Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho – que, conquanto ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, inclui-se entre as normas definidoras dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, conforme Declaração firmada em 1998, de observância obrigatória por todos os Países-Membros daquele organismo internacional*” (Grifos nossos).

177 Cf. Decreto nº 3.321/99.

Isso porque, como afirmamos acima, por força do § 2º do art. 5º da CF, não podem ficar de fora do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, ademais dos princípios adotados pela Constituição, os tratados internacionais de que o Brasil seja parte (signatário). Contudo, o juízo de admissibilidade e de aplicação das normas convencionais no ordenamento jurídico interno estará sempre nas mãos dos julgadores (e intérpretes). A aplicação do direito reconhecido na fonte internacional depende, assim, da análise do julgador. E isso se aplica a todo e qualquer tratado internacional, independentemente de pertencer ao rol dos direitos humanos (ou não). Se, contudo, forem tratados e convenções de direitos humanos, do sistema internacional ou do sistema regional, e estiverem aprovados pelo Congresso Nacional, já integram o arcabouço jurídico constitucional interno e o julgador não pode negar-lhes reconhecimento e aplicação. Seria o mesmo que negar efeitos aplicativos às próprias normas constitucionais (da Constituição e de suas emendas).

Ademais dos argumentos acima expostos, poderíamos aprofundar ainda mais nossas afirmações se recorrermos aos princípios e regras internacionais vigentes na matéria ora examinada, oportunidade na qual nos é possível verificar alguns interessantes – e não menos importantes – aspectos relativos ao “princípio da interpretação consistente” das normas do direito brasileiro com aquelas do Direito Internacional do Trabalho e do Direito Internacional dos Direitos Humanos; em particular se recorrermos aos dois níveis de controles normativos examinados a seguir.

5.3.1 – Controle entre normas constitucionais e normas convencionais

O primeiro nível de análise é aquele estabelecido entre as normas constitucionais e as normas convencionais em matéria de direitos humanos. Existe mínimo consenso sobre a prevalência de certos princípios que buscam otimizar a proteção de liberdades e garantias de indivíduos e grupos, como informam as convenções internacionais relevantes. A Constituição de 1988, igualmente, estabelece ser o *princípio da dignidade* da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil¹⁷⁸, portanto, endereçando todas as relações jurídicas existentes, operantes e com efeitos produzidos no território nacional. Daí por que reconhece os tratados e convenções de direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, *status* de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF).

178 Cf. art. 1º, inciso III, da CF/88.

O *princípio da liberdade sindical* – ou da *liberdade associativa para fins sindicais* – também é assegurado, como examinado, pelas convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte (e.g.: Pactos das Nações Unidas de 1966, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969). As normas da Constituição de 1988 nessa matéria (e.g.: arts. 5º, XX; 8º) devem ser, assim, interpretadas de modo consistente com a expectativa dos Estados de cumprimento generalizado dos preceitos estabelecidos pelos instrumentos internacionais em questão, sobretudo porque o objetivo destes é o de maximizar a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana.

Portanto, toda forma de hermenêutica, nesses casos, deve ser tomada de modo favorável à parte que busca ou reclama a proteção, em geral, a *parte mais fraca* ou *vulnerável* nas relações jurídicas, quer entre elas e particulares, quer entre elas e o Estado – crianças e adolescentes, idosos, trabalhadores e consumidores¹⁷⁹.

Considerando que, em matéria sindical, a normativa internacional aponta para o determinismo, autonomia e liberdade de escolhas do trabalhador (item 3 *supra*), todos materializados no *princípio da pluralidade sindical*, consagrado pela Convenção nº 87 da OIT, as normas constitucionais brasileiras nessa matéria também devem ser examinadas à luz de uma interpretação consistente com a expectativa dos Membros da OIT quanto à adequada e efetiva observância pelo Brasil de normas e princípios fundamentais nas relações laborais.

Por essa razão, o princípio da unicidade sindical, decorrente do art. 8º, inciso II, da Constituição de 1988, afigura-se incompatível e anacrônico com qualquer interpretação consistente que se pretenda levar a cabo com base nos arts. 2º e 3º da Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical, e art. 2º da Convenção nº 98, sobre Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva¹⁸⁰.

179 Emprestamos aqui o tema conforme extraído da evolução temática relativamente à “proteção da parte mais fraca” ou “parte vulnerável” (*weaker party* ou *partie faible*) nas relações privadas internacionais, conforme experimentam as lições doutrinárias contemporâneas no Direito Internacional Privado. A questão, inclusive, é atualmente não apenas examinada sob a perspectiva das relações de direito de família, obrigações, consumidor ou trabalho, mas também em arbitragens comerciais internacionais. Em distintas perspectivas, cf. Jan Kropholler, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der Schwächeren Vertragspartei”, In: *RabelsZ* vol. 42, 1978, p. 634-661; e Mohamed Mahmoud. “Loid’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé”. In: *Recueil des Cours*, vol. 315 (2005), p. 141-264.

180 E mais curiosamente, o STF já se manifestou reconhecendo que o princípio da unicidade sindical, estabelecido pelo art. 8º, II, da CF, “é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical” (Cf. RE 310.811-AgR, Relª Minª Ellen Gracie, j. 12.05.09, Segunda Turma, DJE de 05.06.09).

Ademais, admite-se, aqui, que a pluralidade sindical, por estar intrinsecamente associada às conquistas e resultados do movimento de proteção dos direitos do trabalhador ao longo do século XX, e por ter se materializado no contexto de formação e aplicação das normas internacionais de direitos humanos, como reflexo da liberdade de associação, deve ser encarada como *conduta esperada* dos legisladores e governos dos Membros da OIT na atualidade. É o que responde, inclusive, pelo quadro de aplicação das convenções fundamentais da Organização.

Dito de outra forma. Não é possível nem defensável a tese de que a Convenção nº 87 é inconstitucional à luz do disposto no art. 8º (e incisos) da Constituição Federal de 1988. Seria o mesmo que admitir que a Constituição Federal é inconstitucional. E não poderia ser esse o espírito do legislador.

5.3.2 – *Controle entre normas infraconstitucionais e normas convencionais*

Entre os bons exemplos, nesse sentido, estaria a justificável inconveniência das normas internas relativas à obrigatoriedade de contribuição sindical¹⁸¹. No ordenamento brasileiro, a contribuição sindical é disciplinada pelos arts. 513, alínea *e*, 548, *a*, 578 e 600 da Consolidação das Normas do Trabalho (CLT).

O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, manifestou-se sobre o caráter ou natureza infraconstitucional da contribuição sindical no direito brasileiro, buscando distingui-la da contribuição confederativa (de caráter associativo, portanto), fixada em assembleia geral de organizações sindicais existentes e constituídas no território nacional, e ancorada no art. 8º, inciso IV, da CF/88¹⁸².

Entretanto, três aspectos podem ser ressaltados nesse sentido:

181 Cf. Cristiano S. A Lima e Douglas A. Rodrigues. A inconveniência da Contribuição Sindical. Relatório apresentado na XV CONAMAT: A Constituição, o Trabalho e a Democracia. Tensões e Perspectivas. 2010. Disponível em: <www.conamat.com.br/teses/16042010103930.doc>.

182 Cf. RE 224.885-AgR, Relº Minº Ellen Gracie, acórdão de 08.06.04, Segunda Turma, DJ de 06.08.04: “A contribuição assistencial visa a custear as atividades assistenciais dos sindicatos, principalmente no curso de negociações coletivas. A contribuição confederativa destina-se ao financiamento do sistema confederativo de representação sindical patronal ou obreira. Destas, somente a segunda encontra previsão na CF (art. 8º, IV), que confere à assembleia geral a atribuição para criá-la. Esse dispositivo constitucional garantiu a sobrevivência da contribuição sindical, prevista na CLT. Questão pacificada nesta Corte, no sentido de que somente a contribuição sindical prevista na CLT, por ter caráter parafiscal, é exigível de toda a categoria independente de filiação”.

“i) a natureza e origem da contribuição sindical não podem ser subsumidos no art. 8º, inciso IV, da CF/88, ainda que o dispositivo em questão faça referência genérica à previsão legal (independentemente de contribuição prevista em lei)¹⁸³;

ii) a regra constitucional contempla, especificamente, a categoria de contribuição confederativa, de teor associativo ou organizativo, portanto, dependente de deliberação ou fixação em assembleia e resultado do exercício pleno da liberdade associativa dos membros – empregadores e trabalhadores – sem ingerência do poder estatal;

iii) a partir da interpretação da regra contida no art. 8º, inciso IV, é possível constatar que a adoção de contribuição confederativa, fixada em assembleia por trabalhadores ou empregadores, não prejudicaria nem seria incompatível com a existência ou manutenção de contribuição de outra natureza, como as modalidades de contribuição sindical rural e assistencial. Ao analisar a questão, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado diferenciando as categorias e esclarecendo que a contribuição confederativa, fixada por assembleia geral, nos termos do art. 8º, inciso IV, da CF/88 não se confunde com a contribuição sindical, compulsória e instituída por lei.”¹⁸⁴

Nítidamente, a Constituição Federal de 1988, adotada quase quarenta anos após a entrada em vigor da CLT, parte do reconhecimento de que a contribuição confederativa é resultado da autonomia das entidades sindicais, pelo

183 Nesse passo, inclusive, mereceria o tema releitura pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque enquanto se defende a recepção da espécie da contribuição sindical compulsória (fundada em dispositivos infraconstitucionais no direito anterior) pela ordem constitucional de 1988, criam-se novos imbrólios normativos e desnecessária litigiosidade.

Igualmente, a tese da recepção, ainda que coerente do ponto de vista da antiga hermenêutica do STJ, faz tábula rasa sobre qualquer discussão atinente à necessidade de mudança legislativa para adequação da organização sindical brasileira e modelos de financiamento dos sindicatos. A jurisprudência do STF ainda se inclina para antiga orientação, conforme o Mandado de Injunção nº 144 (Voto do Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 147/868, 874): “A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 da CLT, e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, resulta do art. 8º, IV, *in fine*, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no *caput* do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) – marcas características do modelo corporativista resistente –, dão a medida da sua relatividade”. No mesmo sentido, o STF tem sustentado que a inexistência de lei complementar não impede a recepção, pela Constituição de 1988, da norma estabelecendo a contribuição sindical compulsória no direito brasileiro (cf. RE 146.733, Voto do Min. Moreira Alves, RTJ 146/684, 694).” (RE 180.745, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.03.98, Primeira Turma, DJ de 08.05.98.)

184 Cf., por exemplo, AI 339.060 AgR/RS, Primeira Turma, Ministro-Relator Sydney Sanches, In: DJU de 30.08.02.

poder assemblear que lhes é conferido por atos constitutivos ou estatutos. Aqui, sim, haveria conformidade da espécie com o princípio da liberdade associativa para fins sindicais, sobretudo porque é da essência dele um suficiente grau de determinismo para as condições de seu exercício pelas partes.

No entanto, a manutenção da obrigatoriedade ou caráter compulsório da contribuição sindical, por expediente normativo constitucional ou infraconstitucional (normas da CLT e legislação interna extravagante), torna-se compatível com a própria imperatividade do princípio da liberdade associativa para fins sindicais e com o direito de sindicalização, os quais, como observado, são objeto de tutela nas convenções internacionais em matéria de direitos humanos e relações do trabalho¹⁸⁵.

É nesse caso, especificamente, que a doutrina brasileira tem se posicionado favoravelmente à substituição da contribuição sindical compulsória por contribuição negocial mediante “emenda constitucional” que modifique ou suprima o inciso IV do art. 8º da Constituição e dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸⁶.

Contudo, a partir da interpretação consistente aqui defendida, desnecessária seria a tal emenda constitucional sugerida. Isto é, os tratados e convenções em matéria de direitos humanos, ainda que não aprovados pelas casas do Congresso Nacional (cf. disposto no § 3º do art. 5º da CF), mas dos quais o Brasil seja signatário, poderiam ser reconhecidos em nosso ordenamento jurídico por força da incorporação que determina o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Por falta de aprovação do Congresso Nacional segundo procedimento específico e quórum especial, os tratados e convenções não teriam *status* de emendas constitucionais (do § 3º do art. 5º), mas poderiam ser automaticamente aplicáveis no ordenamento jurídico interno, pelo caráter infraconstitucional que lhes atribui o § 2º do art. 5º. Isso se admitindo que o eventual caráter infraconstitucional dos tratados e convenções, conforme o disposto no § 2º do art. 5º, implica posicioná-los em patamar inferior ao nível hierárquico da Constituição e dos princípios por ela consagrados, contudo, acima das leis ordinárias (internas).

Se assim não fosse, não haveria razão que justificasse a inserção do § 2º no art. 5º na CF de 1988.

185 Cf. item 2.5 *supra*.

186 Cf., por exemplo, Octávio Pinto e Silva. “A Liberdade Sindical e a Imposição da Cobrança de Contribuição”, cit., assim se referindo: “A liberdade sindical é incompatível com a imposição – por via legal ou constitucional – do pagamento da contribuição sindical obrigatória: se a sindicalização é um direito, a contribuição não pode ser uma obrigação, de modo que devem ser revogados o inciso IV do art. 8º da Constituição, bem como todo o Capítulo III do Título V da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT”.

Portanto, por qualquer uma das portas que entremos ao examinar a adequação da Constituição brasileira e os tratados e convenções de direitos humanos, em cuja lógica e fundamentos estão incluídos a liberdade sindical e o direito de sindicalização, não seria possível negar aplicação no Brasil da Convenção nº 87 da OIT. Como aqui sustentado, antes mesmo da ratificação deste texto convencional, o Estado brasileiro já se encontra vinculado à observância das normas internacionais fundamentais do trabalho, em conformidade com a Constituição da OIT de que aquele é parte signatária.

5.3.3 – Síntese

Se mantido o modelo de unicidade sindical, combinado com a instituição compulsória de contribuições sindicais e divisão em categorias, isoladas ou conjuntamente consideradas (todos, portanto, gestados num contexto normativo anterior à Constituição de 1988 e à própria Constituição da OIT e suas convenções fundamentais), não se concretiza a liberdade sindical plena conforme preconizada nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e direito do trabalho¹⁸⁷.

Não se trata apenas de justificar o modelo com base em uma irresistível tendência à interpretação constitucional das normas infraconstitucionais vigentes – como os dispositivos da CLT – entendendo-as como compatíveis com o art. 8º da Constituição Federal ou por ela recepcionados. Isso resultaria, antes, em retórica perfeitamente manipulável, como, aliás, observada historicamente na jurisprudência brasileira em distintas percepções sobre matérias abrangidas pelo referido dispositivo e seus correspondentes constitucionais.

Reitera-se, portanto, a imperiosa adequação da lei interna e prática do Estado brasileiro às normas internacionais vigentes, sobretudo pela efetividade e observância que devem ser dadas aos princípios gerais de Direito Internacional dos Direitos Humanos e aos tratados e convenções nessa matéria, como autênticas fontes normativas que são.

187 Na precisa observação de Octávio Pinto e Silva, “A Liberdade Sindical e a Imposição da Cobrança de Contribuição”, cit., p. 35: “Não se verifica, na prática, um modelo de efetiva liberdade sindical no Brasil, assim entendido como aquele em que os trabalhadores e os empresários têm o direito de se filiar à organização de sua escolha, observada a única condição de conformar-se com seus estatutos. E isso se reflete na questão do recolhimento de contribuição compulsória ao sindicato representativo da categoria profissional ou econômica existente na base territorial onde está instalada a empresa e na qual o trabalhador presta os seus serviços”.

6 – RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 87 DA OIT: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E RISCOS EXISTENTES

Certamente, a ratificação da Convenção nº 87 da OIT, sobre Liberdade Sindical e Direito de Sindicalização, de 1948, pelo Brasil tornaria desnecessária a análise que fizemos acima e simplificaria acentuadamente a vida dos julgadores, intérpretes e, especialmente, dos trabalhadores e empregadores. Portanto, dediquemos alguns instantes à análise dos prós e contras embutidos na ratificação, ainda que de forma não exaustiva:

“– A ratificação da Convenção nº 87 da OIT permitiria a atualização da legislação brasileira – constitucional e infraconstitucional – em matéria de direitos sociais e direito do trabalho às normas internacionais e, acima de tudo, à prática consolidada da OIT em relação ao mencionado instrumento. E isso é bastante evidente no rico repertório de casos e na consolidação de uma jurisprudência favorável à aplicação das normas internacionais que asseguram a liberdade sindical e seu cumprimento pelos Membros;

– A ratificação da Convenção nº 87 da OIT formalizaria de forma imediata a aquisição de direitos decorrentes da liberdade associativa para fins sindicais por parte de trabalhadores individuais ou grupos, sem dependência de autorização ou de filiação a determinada entidade sindical pré-existente e restrita a uma categoria.

– A ratificação da Convenção nº 87 da OIT seria uma estratégia de ação – preventiva e exemplar – importante para que o Brasil conteste estimativas da Organização relacionadas aos casos de violação das normas internacionais de direito do trabalho e ações antissindicais em nível doméstico, preenchendo as lacunas deixadas pelas recomendações feitas pelo Comitê de Liberdade Sindical nos casos de queixas e reclamações apresentadas contra o Estado brasileiro.

– A ratificação exigiria a revisão da norma constitucional (e, portanto, da lei interna) para adaptar o direito brasileiro à prática internacional consistente com os princípios e valores fundamentais do Direito Internacional do Trabalho. É evidente, nesse sentido, que o modelo sindical brasileiro, formas de financiamento das entidades e questões de efetiva representação de trabalhadores seriam revisitadas e adaptadas às atuais tendências dos Membros da OIT em questões de observância e cumprimento (*enforcement*) das normas trabalhistas internacionais,

reservadas as especificidades do contexto social, econômico e de desenvolvimento na esfera doméstica.

– O argumento do Estado brasileiro para negar a ratificação da Convenção nº 87 não pode permanecer justificado na aparente colisão ou incompatibilidade entre o instrumento convencional e o art. 8º da Constituição de 1988, pois a observância das normas internacionais, em qualquer domínio ou regime específico, é um processo contínuo e depende das medidas levadas a cabo pelos órgãos dos poderes legislativo, executivo e judiciário para sua concretização¹⁸⁸. Seria de se questionar, portanto, qual a efetiva contribuição do Estado brasileiro para esse processo de implementação das normas internacionais, para além de qualquer retórica interpretativa feita pelos tribunais internos de que o art. 8º da Constituição e a totalidade do direito interno já asseguram proteção ao princípio da liberdade sindical e direito de sindicalização.

– O referido argumento do Brasil de incompatibilidade da Convenção com a Constituição Federal é insustentável, frente à imperatividade da aplicação das normas internacionais, como mesmo propõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 (Decreto nº 7.030/09)¹⁸⁹. Ademais, o argumento torna-se ainda mais frágil, haja vista que, no sistema das convenções fundamentais e prioritárias da OIT, o ato de ratificação não é meramente secundário ou alternativo dos Estados-Membros. Na sistemática do Direito Internacional do Trabalho, a ratificação não implica apenas a manifestação pela concordância do texto convencional por parte de um Estado, mas também faz submeter o Membro da OIT (por inclusão) ao regime especial autônomo (*self-contained* regime) estabelecido pelas normas internacionais no domínio considerado.

– A ratificação da Convenção nº 87 da OIT, portanto, indica apenas o primeiro passo; em seguida, o Estado brasileiro deve trabalhar no sentido de ajustar seu direito interno e prática em conformidade com as normas internacionais fundamentais em matéria de liberdade sindical;

188 A Índia, por exemplo, ao ser interpelada quanto às informações apresentadas à OIT no Relatório de Aplicação das Normas das Convenções ns. 87 e 98, argumentou que a ratificação dessas convenções não “seria de interesse” por parte de seu governo e que o país “somente poderia ratificar as convenções quando a implementação de seus dispositivos fosse totalmente alcançada no direito indiano e em sua prática”. Trata-se de uma inversão nefasta dos princípios do constitucionalismo internacional, em particular pelo caráter vinculante da Constituição da OIT e das Declarações da Filadélfia, de 1944, e de Copenhague, de 1998.

189 “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

uma das recomendações é atentar para a experiência consolidada a partir dos comentários do *Comitê de Peritos* e do *Comitê de Liberdade Sindical* em situações análogas, de países que não ratificaram as convenções fundamentais, mas foram gradualmente adaptando-se às suas normas. No caso brasileiro, inclusive, talvez nem seja necessária uma cooperação técnica com a OIT para essa finalidade específica, mas ela pode ser acionada.”

Passemos aos riscos e desafios potenciais:

– A substituição da contribuição sindical compulsória por outra modalidade negociada livremente entre os Países-Membros da OIT ou afiliados das entidades representativas poderia levantar dúvidas quanto à restituição de quantias pagas desde 2008 concernentes ao rateio das somas recolhidas entre o Ministério do Trabalho e as centrais sindicais.

– A manutenção do sistema da unicidade sindical, atualmente em vigor no Brasil, resulta em fragmentação da representatividade e inércia das organizações, ainda que determinadas entidades sustentem a preservação da atual contribuição sindical obrigatória, sob o pretexto de que esta permita manter fortalecido o sindicalismo brasileiro¹⁹⁰. Outro aspecto relevante é o fato de que a continuidade do oligopólio das categorias profissionais oferece poucas opções de vinculação ou afiliação do trabalhador, frustrando *objetivos sistêmicos* do Direito Internacional do Trabalho. Um modelo arcaico e viciado poderia acomodar certos interesses, ocultar conflitos sociais e desestimular os principais interessados na ampliação das formas de representação nas esferas laborais – empresários e trabalhadores.

– O modelo pluralista, como observado anteriormente, e em conformidade com a Convenção nº 87 da OIT, parte de pressupostos de concorrência, competição, transparência, capacidades e eficiências para melhor funcionamento da estrutura tripartite: sindicatos de empregadores, de trabalhadores e autoridades governamentais. O fim das contribuições compulsórias reduziria, em larga medida, a oligopolização sindical, resultando em possíveis melhoras quantitativas e qualitativas para o poder de representação dos associados, criando ambiente concorrencial para

190 Cf. Nota da Força Sindical sobre a unidade das Centrais Sindicais e a contribuição sindical, de 4 de março de 2011, disponível em: <http://www.fsindical.org.br/portal/noticia.php?id_con=11389>. Com referência à seguinte passagem: “Neste importante momento histórico para a classe trabalhadora, introduzir no debate o fim da contribuição sindical é uma forma de causar cizânia e um instrumento que visa enfraquecer as entidades sindicais e romper abruptamente o processo de unidade das Centrais Sindicais. Entendemos que reduzir a questão do financiamento sindical à demanda pelo fim da Contribuição Sindical não colabora com a construção de uma alternativa democrática ao atual modelo”.

que entidades se capacitem, modernizem, busquem novos membros, estabeleçam contribuições voluntárias e elevem suas receitas de modo autônomo, independentemente do Estado, como, aliás, é a essência do *sindicalismo pluralista*.

– A existência de um sistema de financiamento de sindicatos baseado em contribuições compulsórias, portanto, com a chancela da mão pública, não elimina demandas sociais da pessoa trabalhadora, do *homo faber*; antes, desestimula o movimento de sindicalização e o diálogo social plural. A unicidade e a divisão de representação por categorias profissionais invertem a lógica democrática da liberdade associativa para fins sindicais, resultando, inclusive, em patentes conflitos de interesses, em que pequenos grupos e *lobbies* se apropriam de interesses laborais legítimos para assegurar continuidade nas direções das entidades existentes¹⁹¹.

– O modelo pluralista propicia maior controle por parte dos associados e dos poderes de negociação coletiva, evitando favorecimento injustificado de pequenos grupos mais ou menos próximos de ideologias partidárias, e, até mesmo, reduzindo práticas de corrupção na estrutura tripartite. Não parece ser razoável, portanto, a manutenção de um modelo envelhecido, centralizador e que privilegia poucos dirigentes sindicais. Por sua natureza, sindicatos não oferecem serviços; contudo, no Brasil, auferem receitas financeiras consideráveis, em diferentes proporções, graças à intermediação do Estado, e nem sempre observam os deveres de prestação de contas, à sociedade, das receitas e dos valores aplicados.

– Em nível governamental, é importante considerar a reforma do Conselho de Relações do Trabalho, do Ministério do Trabalho, para incluir mecanismos de solicitações de assistência técnica à Organização Internacional do Trabalho, buscando soluções destinadas a adequar a prática das relações sindicais e do diálogo social no Brasil com os princípios da liberdade sindical e do direito à sindicalização, como expressões dos direitos fundamentais assegurados no plano internacional. Com isso, aproximam-se as estratégias de implementação das normas internacionais

191 Cf. opinião do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Orestes Dalazen, na entrevista “Modelo sindical brasileiro é arcaico e inconveniente”, publicada no Estado de São Paulo, Caderno Economia, 27 de fevereiro de 2012: “O modelo sindical atual somente favorece as cúpulas sindicais, que permanecem indefinidamente no poder, à sombra de benefícios, sob os auspícios da famigerada contribuição sindical obrigatória. Se há a receita compulsória, é claro que não há estímulo para a sindicalização, novos associados que passem a contribuir espontaneamente como em qualquer associação. O descompasso é tão grave que nas negociações coletivas, sobretudo quando há dissídio, grupos negociam com empregados e não com os sindicatos, correntes opostas em uma mesma categoria defendem pontos de vista e pleitos diversos”.

do trabalho no ambiente doméstico, com o desejável comprometimento de todas as categorias beneficiadas – as organizações sindicais, trabalhadores, empregadores, autoridades e agências governamentais – com as instituições atuantes no âmbito da OIT.”

O presente trabalho, antes de tudo, chama a atenção para a necessidade de revisão de premissas relativas à aplicação das normas internacionais do trabalho pelos tribunais domésticos, assim como aos estímulos institucionais para a transformação normativa ou a adoção de novo marco regulatório para o sindicalismo brasileiro quase 70 anos após a sua criação. Esse tema ancora-se no imperativo de justiça das relações laborais internacionais, elevando o Brasil à posição de observância das obrigações multilaterais assumidas.

É imperiosa, assim, a mudança de visão do legislador e dos tribunais brasileiros quanto à necessidade de revisitar e/ou esclarecer o alcance de normas internas relativas à organização sindical no Brasil. No limite, pede-se a modernização das estruturas edificadas com o projeto constituinte de 1988 e a correção de suas maiores distorções históricas, lamentavelmente não superadas.

No Direito Internacional, especificamente, a reclamada mudança traduz-se por conduta consistente, que objetiva assegurar o respeito, pelo Estado brasileiro, de princípios e normas internacionais do trabalho, como aqueles previstos na Constituição da OIT, na Declaração de Filadélfia, de 1944, e na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1998. O reconhecimento pleno – e não fragmentário – da liberdade sindical e do direito de sindicalização, como de resto sustentado neste ensaio, serve para manter ativa a engrenagem do sistema de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. Vol. I, Rio de Janeiro, 1956.

ALVAREZ, Jose E. The New Treaty Makers. In: *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, p. 212-234.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249

BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. *The International Labour Organization: the International Standards System and Basic Human Rights*. Boulder: Westview Press, 1996.

DOCTRINA

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A Convenção n. 158 da OIT e o Direito Constitucional brasileiro. In: *Trabalho & Doutrina*, n. 11, 1996, p. 30-39.

BEAUDONNET, Xavier (Ed.). *Derecho Internacional del Trabajo y Derecho Interno*. 1. ed. Turin: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.

BERKOWITZ, P. *International Labor and Employment Law*. Chicago: American Bar Association, 2008.

BLANPAIN, R. *European Labour Law*. Alphen an den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de A. A responsabilidade do Brasil perante a OIT em face da não aplicação da Convenção 158. In: *Revista de Direito do Trabalho*, n. 96, 1996, p. 105-20.

BRONSTEIN, A. *International and Comparative Labour Law: Current Challenges*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHARNOVITZ, Steve. The ILO Convention on Freedom of Association and Its Future in the United States. In: *American Journal of International Law*. vol. 102, n. 1, 2008, p. 90-107.

CHINERY-HESSE, M. The International Labour Organisation. In: *From Global Apartheid to Global Village: Africa and the United Nations*. Scottsville: University of KwaZulu-Natal Press, 2009, p. 499-513.

CUMMINS, Ian. *Marx, Engels, and National Movements*. London: Taylor & Francis, 1980.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 32, n. 123, 2006, p. 142-165.

DOOREY, D.J. In defense of transnational domestic labor regulation. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. vol. 43, n. 4, 2010, p. 953-1009.

DUPLESSIS, I. Soft International Labour Law: the Preferred Method of Regulation in a Decentralized Society. In: *Governance, International Law & Corporate Social Responsibility*. Geneva: International Institute for Labour Studies, 2008, p. 7-36.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Edusp, 2003.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. Freedom of Association. In: *ILO-BIT, Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva: International Labour Organization, 2003, p. 8-21.

GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. *The Committee on Freedom of Association. Its impact over 50 years*. ILO: Geneva, 2001.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian B. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. In: *Revista Jurídica*, v. 10, n. 90, 2008, p. 01-34.

HUGHES, S.; HAWORTH, N. *The International Labour Organization (ILO): Coming in from the Cold*. London: Routledge, 2011.

DOCTRINA

HUMPHRIES, Jane. *Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010.

ILO-OIT, *Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva: International Labour Organization, 2003.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Les obstacles juridiques à l'application des normes internationales du travail*. Rapport introductif. 12 janvier 2007. p. 1-14.

KAHN-FREUND, Otto. *International Encyclopedia of Comparative Law*. vol. 15. Labour Law, The Hague: Nijhoff, 1978.

KELLER, W. *International Labor and Employment Laws*. Washington/DC: Bureau of National Affairs, 2004.

KOOIJMANS, J. The ILO and its Work Against Child Labour: the Normative Framework and Recent Progress. In: *Tilburg Law Review*. vol.14, n. 1/2, 2008, p. 31-48.

KROPHOLLER, Jan. Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei. In: *RabelsZ*. vol. 42, 1978, p. 634-661.

LEARY, Virginia. *International Labour Conventions and National Law: The Effectiveness of the Automatic Incorporation of Treaties in National Legal Systems*. The Hague: M.Nijhoff/Brill, 1982.

LIMA, Cristiano S. A.; RODRIGUES, Douglas Alencar. A inconveniência da Contribuição Sindical. Relatório apresentado na XV CONAMAT: A Constituição, o Trabalho e a Democracia. Tensões e Perspectivas. 2010. Disponível em: <www.conamat.com.br/teses/16042010103930.doc>.

MAGANO, Octavio Bueno. Proposta de emenda constitucional e Convenção n. 87 da OIT. In: *LTr: Revista legislação do trabalho*. v. 63. n. 1. 1999, p. 9-12.

MAHAIM, Ernest. L'Organisation permanente du travail. In: *Recueil de Cours*, vol. 04 (1924), p. 69-105.

MAHMOUD, Mohamed. L'oid'autonomie et méthodes de protection de la partiefaible en droit international privé. In: *Recueil des Cours*, vol. 315 (2005), p. 141-264.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. Condutas anti-sindicais – procedimento. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, vol. 59, 1999, p. 29-44.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

O'BRIEN, Patrick K.; QUINAULT, Roland (Ed.). *The Industrial Revolution and British Society*. Cambridge (UK)/New York: Cambridge Univ. Press, 1993.

PECCOUD, Dominique. Travail décent: une perspective catholique. In: *Le travail décent: points de vue philosophiques et spirituels*. Geneva: International Labour Organization, 2004, p. 141-52.

PECES-BARBA, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1991.

PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In: W. P. HEERE (Ed.), *From Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 454-462.

DOCTRINA

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte, vol. 1, n. 4, out. 1999. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30550>>.

SERVAIS, Jean-Michel. *International Labour Organization*. The Hague: Kluwer Law International, 2011.

_____. *International Labour Law*. 3. ed. Halphen: Kluwer Law International, 2011.

SILVA, Otávio Pinto e. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição: extinção da contribuição sindical compulsória. In: *RST* nº 268, Outubro/2011, p. 35-34.

_____. A modernização do Direito do Trabalho. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 94. 1999, p. 197-212.

_____. Negociação coletiva em tempos de reforma sindical. In: *Revista do Advogado*. São Paulo. v. 26. n. 86. p. 63-68. jul. 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Controle Regular na Aplicação das Normas da OIT. In: *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 42, n. 5, 1983, p. 5-12.

_____. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SWEPSTON, Lee. Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision. In: *International Labour Review*. vol. 137, n. 2, 1998, p. 169-194.

VALTICOS, Nicolas. Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale. In: *Recueil des Cours*. vol. 144 (1975), p. 77-138.

_____. Un système de contrôle international: la mise en oeuvre des conventions internationales du travail. In: *Recueil des Cours*. vol. 123 (1968), p. 311-407.

_____. *Les sources du droit international du travail*. Paris: Dalloz, 1992.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, vol. 46, n. 76, 2007. p. 235-246.

WOLF, Francis. L'interdépendance des conventions internationales du travail. In: *Recueil des Cours*. vol. 121 (1967), p. 113-219.

Documentos

ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012): Freedom of Association and the Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining (FACB)*. Relatório de 08 de março de 2012.

ILO, Report III (1B): *Giving globalization a human face – General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva, 2008.

D O U T R I N A

ILO, *Record of proceedings, International Labour Conference*, 54th Session, Geneva, 1970.

ILO, *Country baselines under the ILO Declaration Annual Review (2000-2012): Brazil – Freedom of Association and the Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining (FACB)*. Report, March 08, 2012. Disponível em: <<http://www.ilo.org/declaration/info/publications/lang--en/index.htm>>.

ILO, Report III (1B): Giving globalization a human face (1994 – Freedom of Association and Collective Bargaining). Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf)>.

SOFRIMENTO BANALIZADO EM “CARNE E OSSO”: O DIREITO A QUAL PROTEÇÃO FUNDAMENTAL?

Noemia Porto*

1 – INTRODUÇÃO

Há várias produções cinematográficas que tocam na questão do trabalho. Entre as mais conhecidas, pode-se mencionar o filme “Tempos Modernos”, de Charles Chaplin¹, ou, ainda, o “Germinal”, de Claude Berri, adaptado da bela obra de Émile Zola. Além disso, existe um rol particularizado de documentários. Aspectos relacionados à estrutura sindical brasileira e ao direito de greve, por exemplo, podem ser bem observados em “Braços Cruzados, Máquinas Paradas”, de Roberto Gervitz e Sérgio Toledo, em “Linha de Montagem”, de Renato Tapajós, ou na produção “Peões”, de Eduardo Coutinho. Também em “Corporation”, de Mark Achbar, Jennifer Abbott e Joel Bakan, observam-se temas como o da importância das corporações, os efeitos da globalização econômica e as faces da precarização do trabalho e do meio ambiente pelo mundo.

A filmografia do mundo do trabalho pode constituir um objeto de estudo bastante produtivo para o direito. Trata-se de uma forma de pesquisa e de observação pela qual se dá voz e rosto aos atores envolvidos nas relações trabalhistas – tal como reproduzidos, ou melhor, reconstruídos na produção cinematográfica, com todas as implicações daí decorrentes. O exame dessa filmografia corresponde, então, à análise dessa narrativa dinâmica e ilustrada sobre o mundo do trabalho.

O documentário “Carne e Osso”, dirigido por Caio Cavechini e Carlos Juliano Barros, é uma das produções cinematográficas que revela, de forma

* *Mestre e doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela UnB; juíza do trabalho (TRT/10ª Região).*

1 Uma abordagem interessante e instigante sobre tal filmografia pode ser encontrada no seguinte trabalho: ALVES, Giovanni. A batalha de Carlitos: trabalho e estranhamento em *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin. In: *ArtCultura* – Revista do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia. v. 7, n. 10, jan.-jun. de 2005, p.65-81.

contundente, questões fundamentais do mundo do trabalho, como as relacionadas ao tempo, ao ritmo e à organização da produção.

O objetivo traçado para o presente artigo é o de apresentar uma análise crítica, notadamente numa perspectiva de direitos fundamentais, de questões relacionadas ao meio ambiente do trabalho e ao sofrimento dos trabalhadores, a partir das interessantes sugestões e abordagens contidas no documentário “Carne e Osso”.

O sofrimento experimentado por incontáveis pessoas que vivem do seu trabalho exige, no mínimo, o compromisso com o debate, tanto no que concerne às políticas públicas endereçadas à prevenção dos infortúnios quanto sobre as reparações devidas às suas vítimas. Na dimensão constitucional democrática de direito não se pode ignorar a situação desses trabalhadores. Ao mesmo tempo em que “Carne e Osso” consegue ambientar de forma concreta os problemas do trabalho em frigoríficos, permite transcender tal *locus* para se pensar sobre o sofrimento, o adoecimento e a adequação dos esquemas jurídicos de proteção social na contemporaneidade.

A ocorrência de acidentes de trabalho no Brasil representa substancial desafio à realização dos direitos fundamentais. Tal como adverte Bauman, “a natureza do sofrimento humano é determinada pelo modo de vida dos homens” (2010, p. 24). A Constituição Brasileira de 1988 assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. É garantido, ainda, seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, mas sem excluir a indenização por este último devida em caso de dolo ou culpa. Em termos constitucionais, o meio ambiente, enquanto bem essencial à sadia qualidade de vida, foi alçado ao patamar de direito fundamental.

A proteção ao meio ambiente de trabalho é bastante ampla, alcançando aspectos pertinentes à organização do trabalho como um todo. Entram nesse campo os problemas relativos à localização do trabalhador no tempo e no espaço do ambiente laboral, bem como as questões que dizem respeito à incolumidade psíquica do empregado. Por conseguinte, a discussão sobre o meio ambiente do trabalho espalha-se por temas como os limites da jornada de trabalho, o desgaste do corpo do trabalhador imposto por ritmos extenuantes de labor e, ainda, o assédio moral.

Todos esses pontos estão retratados no documentário “Carne e Osso”.

O documentário, portanto, não serve apenas como ilustração para o debate, mas, sim, fornece o eixo de análise para pensar o papel do direito em temas que orbitam o mundo do trabalho na atualidade.

2 – A REALIDADE DO TRABALHO EM “CARNE E OSSO”

O documentário foi construído e estruturado, em primeiro lugar, com imagens do trabalho e das tarefas desenvolvidas em frigoríficos das regiões Sul e Centro-Oeste do Brasil. Conferindo significado às imagens, surgem então narrativas de protagonistas diversos acerca do mesmo tema: o trabalho em frigoríficos.

Os protagonistas do documentário são trabalhadores e trabalhadoras que adoeceram trabalhando ou sofreram mutilações ou qualquer outro tipo de agressão à sua incolumidade física, além de fiscais do trabalho, funcionários do INSS, médicos do trabalho, pesquisadores, membros do Ministério Público do Trabalho e magistrados trabalhistas.

Logo no início do documentário aparece uma advertência importante, no sentido de que a velocidade e a aceleração retratadas correspondem à realidade, ou seja, não sofreram manipulação. Muito provavelmente a advertência visa esclarecer, de antemão, que as inacreditáveis velocidade e intensidade com que os trabalhadores desempenham as suas tarefas são reais e não ficcionais.

Combinando sincronicamente imagem e narrativa, sobressai desde logo o fato de que os trabalhadores ficam disponíveis por oito horas diárias, no mínimo, numa mesa realizando os mesmos movimentos repetitivos, desossando e/ou cortando e/ou separando as carnes. A primeira ideia em torno disso, repetida por vozes diferentes, principalmente dos trabalhadores, é a de que era necessário “vencer a esteira”, que a esteira “era ligeira”, “muito rápida”.

De fato, a descrição dos trabalhadores é a de que a quantidade definida para a produção era medida por segundos, por minutos, por hora, por jornada. Os trabalhadores revelam no documentário ter efetiva consciência de quanto deveriam produzir em cada uma dessas frações horárias para corresponder à meta estabelecida pelo empregador. Enfim, tratava-se de “prestar atenção, abaixar a cabeça e dar conta do recado”.

Determinada trabalhadora demonstra dominar bem qual era a contabilidade: seis segundos para desossar uma peça de frango, o que importava trabalhar em ritmo acelerado. Outra trabalhadora, na mesma linha de raciocínio, descreve que no início do seu vínculo com o frigorífico desossava três coxas e meia de frango. Todavia, intensificando-se a exigência por maior produtividade, antes

de se afastar definitivamente em razão de doença, já desossava sete coxas por minuto.

Para a fiscalização do trabalho, a lógica que se adotou foi eminentemente matemática e levando-se em conta o ponto de vista da produção, sem nenhum questionamento ou preocupação com o custo (humano) que resultaria de se manter tal sistema. A lógica era a de que se o trabalhador conseguia realizar determinada tarefa em quinze segundos, então, em um minuto seria possível repeti-la quatro vezes. Depois disso, a lógica número de tarefas X tempo de realização foi projetada para uma hora e posteriormente para uma jornada.

Ocorre que, como alertado por um auditor fiscal do trabalho, os trabalhadores se envolviam em 18 movimentos para desossar em 15 segundos uma perna de frango. Isso significa que realizavam de 80 a 120 movimentos em um único minuto, quando, porém, é considerado seguro ativar-se em até 35 movimentos por minuto. Portanto, o ritmo imposto é três vezes maior, em termos de movimentos, considerando-se o patamar salubre.

Situação semelhante é encontrada no abate de bovinos. A questão numérica também “rouba a cena”. Isso porque os trabalhadores revelam conhecer a matemática da produção. Deveriam ser abatidos entre 800 e 1.000 bois antes do meio-dia, o que tornaria viável manter a meta diária de 1.200 bois sem necessidade de aumentar o número de empregados e, também, sem incremento de despesas com horas extras. Para o atingimento da meta mensal, sem aumento de custo com os trabalhadores, empreende-se a aceleração do ritmo da produção, inclusive, se necessário, com aumento da velocidade da máquina. Todavia, nas visitas realizadas pelos fiscais para avaliação das condições de trabalho, constatou-se que a estrutura física do frigorífico comportaria um abate, no mínimo, 50% menor. Portanto, nota-se condição estrutural precária para o número de abates definido como meta de produtividade.

Ao serem contratados, os trabalhadores não tinham acesso a um tipo de trabalho que seria desenvolvido todos os dias, de forma relativamente estável, ou seja, não era suficiente que aprendessem o ofício e se adaptassem ao ritmo da produção, isso porque havia mudanças no sistema de pressão e de cobrança por produtividade, que variava a depender dos contratos firmados pelas empresas.

Na visão dos trabalhadores, o trabalho era estressante, desgastante e realizado sob pressão. Alguns experimentam diferenças de temperatura; há aqueles que ficam muito tempo em pé ou muito tempo sentados; vários iniciam a jornada sem estar completamente recuperados do cansaço do dia anterior; não há liberdade para conversar com o colega do lado e muito menos para ir ao

banheiro sem autorização; ouve-se “muita coisa” dos prepostos da empresa, em razão da cobrança por metas, sem que o trabalhador possa reagir ou retrucar; há mutilações, acidentes com a faca e outros típicos que poderiam ter sido evitados.

Nesse cenário, um trabalhador chega a afirmar que imaginava que não existisse depressão, que ela fosse uma farsa das pessoas. Todavia, quando ele mesmo passou a dela padecer, reconheceu que se trata de doença. Essa narrativa é acompanhada da constatação, que transcende o problema dos frigoríficos, pertinente ao volume de transtornos e sofrimentos mentais decorrentes do trabalho cuja incidência tem aumentado bastante, em face da competitividade intensa e da produtividade acelerada. A despeito disso, as empresas empreendem processo de negação, isto é, a depressão não é culpa do trabalho, mas, sim, tem causas em circunstâncias particulares e pessoais de cada trabalhador.

Evidentemente que haveria de se indagar: por que ou por quais razões os trabalhadores se submetem a esse tipo de trabalho?

Nas famílias monoparentais femininas, a responsabilidade pela criação e pelo sustento dos filhos conduz a um estado de necessidade em que o trabalho se converte na principal ou única fonte capaz de possibilitar o acesso à sobrevivência. Por isso, uma trabalhadora no documentário menciona que tinha os filhos para criar e que era sozinha nessa tarefa, o que justificava suportar o sofrimento no trabalho.

Outros trabalhadores expressam o receio do desemprego, isso porque sabiam que quando alguns se afastavam em razão de licença médica, por problemas nos braços ou na coluna, eram dispensados pela empresa. Assim, mesmo com dor, os trabalhadores procuravam o médico sem pretender ausentar-se do trabalho, mas apenas para ter acesso a medicamento hábil a aliviar as dores do corpo. Aqui aparecem sinais da “síndrome do sobrevivente”, quando os trabalhadores se mantêm no trabalho com medo de serem demitidos. De todo modo, para os que se acidentaram e adoeceram passou a ser difícil procurar nova colocação no mercado de trabalho, especialmente considerando que os problemas físicos ficam visíveis no ato da contratação e/ou nos exames admissionais, sendo certo que outras empresas, em se tratando de ex-funcionários de frigorífico, já sabem quais adversidades físicas podem ter persistido (ombros, coluna, braços, etc.). Há trabalhadores, em razão disso, sem renda e outros que tentam sobreviver na economia informal, fazendo “bicos”.

A luta para permanecer na ocupação formal, todavia, não significa acesso a emprego bem remunerado. Aparece no documentário bairro localizado na capital Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, onde residem trabalha-

dores dos frigoríficos e suas famílias, e cuja ocupação data do início dos anos 70. O que se nota é que o trabalho formalizado não representa, sequer de uma geração para outra, mudança da condição social. Da mesma forma, eventual evolução funcional dentro da empresa também não vem acompanhada de significativo aumento salarial.

O documentário versa, portanto, entre outros aspectos, sobre o paradoxo entre o incremento da livre-iniciativa, mas sem a valorização social do trabalho. A indústria frigorífica brasileira, que conquistou o mercado internacional, é vista como orgulho para o país. De fato, Estado e sociedade têm interesse na manutenção e no aperfeiçoamento desse segmento econômico, que gera diversos empregos formais e possui cadeia produtiva muito longa. Além disso, a arrecadação propiciada por tais empresas representa montante relevante no que diz respeito ao FPM (Fundo de Participação dos Municípios). Todavia, para a fiscalização do trabalho, os trabalhadores e os sindicatos aparece uma faceta diferente, qual seja, a de um setor econômico que, desenvolvendo as suas atividades, deixa um rastro de trabalhadores doentes.

A fiscalização sobre a estrutura de trabalho mantida pelas empresas frigoríficas não surte o efeito desejado, seja pela falta de fiscais suficientes, seja porque a mudança do processo produtivo custaria mais caro do que pagar e assumir os ônus financeiros definidos em face das aludidas atividades de fiscalização.

Nota-se a confrontação entre os valores de mercado e outros valores, em especial os relacionados à proteção do trabalho.

Os trabalhadores falam da tendinite, dos incômodos nos ombros e nas costas e da dor que sentem e que vai se intensificando². A intensidade do trabalho contribui para o processo de adoecimento, isso porque, no início, segundo a médica do trabalho, o trabalhador não dorme direito, mas descansa no final de semana. Com o passar do tempo, o descanso do final de semana não é mais suficiente à recuperação física e psíquica, de maneira que o trabalho iniciado na segunda-feira ocorre com resquícios de cansaço.

A questão, porém, não é esporádica. Funcionária de determinado posto do INSS, localizado em região próxima aos frigoríficos, relata que em torno de 80% do público atendido na reabilitação são de trabalhadores desse setor econômico. A experiência com esse contingente de trabalhadores permitiu à

2 A despeito disso, os médicos das empresas apenas receitam remédios paliativos para dor e não tomam a iniciativa de investigar ou de propor investigação sobre o adoecimento dos trabalhadores. Nesse contexto, qual papel esses médicos desempenham? Qual ética médica é (in)observada?

referida funcionária evidenciar a existência de um ciclo difícil de ser rompido, ou seja, o trabalhador adocece e é atendido pelo INSS e as empresas contratam outras pessoas que, doentes, também procuram benefícios do órgão. Há alta rotatividade, considerando que o intervalo entre o início do contrato de trabalho e o início da doença é usado como “tempo de troca de pessoal”. Além de tudo isso, há uma conta que não fecha, qual seja, as empresas produzem mais doentes do que a cobertura propiciada pela arrecadação de valores pagos a título de seguro social.

O processo de negação das empresas, no sentido de que os adoecimentos, afastamentos e mutilações não estão relacionados diretamente com o trabalho ou com a falta de segurança que deveria ter sido providenciada, sendo, portanto, frutos do acaso e da coincidência, não parece corresponder aos números que indicam o excesso de risco do setor, comparativamente a outros setores econômicos³.

As demandas por direitos dos trabalhadores em frigoríficos são, como era de se esperar, traduzidas em processos perante a Justiça do Trabalho, os quais normalmente versam sobre os mesmos temas: horas extras não pagas (incluindo a diferença entre o deslocamento e a preparação para o trabalho e aquele que é registrado nos cartões como início da jornada, bem como os lançamentos dos horários de saída); diferenças salariais pelo exercício de determinada função que não é devidamente “classificada” na carteira de trabalho; prêmios e gratificações prometidos e não pagos; indenizações e demais consectários relacionados aos acidentes do trabalho. A repetição de demandas e de temas, todavia, não parece interferir no modo como a organização do trabalho nos frigoríficos tem sido levada a efeito⁴.

De todo modo, os casos judiciais nem de longe representam o número de trabalhadores que adoeceram ou tiveram direitos negados enquanto trabalharam para o setor frigorífico. Alguns não acionam a Justiça com receio de, com essa atitude, ocorrer bloqueio de vagas para trabalhadores da própria família

3 A título exemplificativo, há seis vezes mais ocorrências relacionadas a queimaduras e corrosões, comparativamente a outros segmentos e duas vezes mais quando se trata de traumatismo na cabeça; ocorre 743% de excesso de risco para plexos nervosos e questões correlatas vinculadas a esforços repetitivos; e 712 a cada mil pessoas sofrerão de transtorno mental, ou seja, em média, há ocorrência três vezes superior ao das outras atividades pesquisadas. De todo modo, há frigoríficos em que nada mais nada menos do que 20% do contingente de trabalhadores está adoecendo.

4 A partir do documentário, é possível visualizar o chamado “dumping social”, enquanto prática de “incorporação” dos riscos relacionados aos valores que potencialmente seriam devidos em razão do descumprimento da legislação trabalhista. Nesse sentido, a competitividade e a lucratividade avançam contabilizando o descumprimento da legislação social.

(filhos, etc.). Outros não propõem ação no Poder Judiciário porque para eles isso é visto como um ato de coragem.

Impressionam os relatos de dor e de sofrimento, de sentimento de abandono, de atos de fiscalização das autoridades públicas que não modificam a realidade, de descaso do setor econômico e de infortúnios que atingem definitivamente a vida dos trabalhadores, não apenas no âmbito profissional, mas também familiar e social.

Esse retrato da realidade, conforme advertido no documentário, revela um problema do conjunto da sociedade e não apenas de um setor.

3 – PRODUTIVIDADE E AS MUDANÇAS NA RELAÇÃO DO TRABALHADOR COM O ESPAÇO E O TEMPO

Nos frigoríficos, retratados no documentário, há um modo de trabalho que, ao mesmo tempo, aproxima e separa os trabalhadores. Numa visão que pode remontar ao modelo de trabalho fabril do final do século XIX, e que perdurou até pelo menos meados do século XX, os trabalhadores em frigoríficos compartilham o mesmo espaço de trabalho e vivenciam jornadas fixas, ainda que estendidas. Tempo e espaço unem os trabalhadores. Todavia, o modo como o trabalho é executado revela um profundo “estar só”, ainda que juntos, trazendo à tona, com isso, problemas próprios ao trabalho contemporâneo, do pós-fordismo⁵. O compartilhamento do espaço e do tempo não adquire o significado de convivência. O que separa os trabalhadores não é apenas o uso de protetores auriculares (a propósito, necessários e pertinentes para prevenir danos causados pelos ruídos), mas, sobretudo, a intensa cobrança por produtividade. Cada unidade horária deve se traduzir num número previsível de movimentos e de atos que dão continuidade à produção. Essa compressão do tempo intensifica o trabalho e marca como inadequados comportamentos de convivência entre os trabalhadores, como, por exemplo, a conversa durante o expediente. Seria

5 Acerca das formas de organização da produção, confira-se Ricardo Antunes (*Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008). Com base no aludido autor, pode-se dizer, resumidamente, que o fordismo, juntamente com o esquema taylorista, representa a forma pela qual a indústria e o processo de trabalho se consolidaram no decorrer do século passado, e que se manteve forte até meados de 1973, com preponderância dos seguintes elementos: cronômetro; produção em série e de massa; principal fundamento na linha de montagem, geradora de produtos mais homogêneos; trabalho é parcelar; fragmentação das funções; separação entre a elaboração e a execução no processo de trabalho; unidades fabris concentradas; modo de organização verticalizado, sobressaindo a figura do trabalhador coletivo fabril. Juntamente com a produção em série, observando o sistema taylorista, há controle do tempo e dos movimentos dos trabalhadores e da produção. O novo paradigma produtivo (*pós-fordismo*), por sua vez, é representativo do trabalho fragmentário, intenso, precário, flexível e instável.

possível imaginar que a marca de um tempo, ou de uma jornada, significasse um aspecto neutro, ou indiferente, para a questão do trabalho. Assim, observada a jornada de oito horas, por exemplo, em 1950 ou em 2012 estaria devidamente acionado um dos mecanismos de proteção no trabalho, representado pelo respeito ao limite constitucional e legalmente estabelecido de horas trabalhadas. Todavia, trabalhar por oito horas diárias num mundo pós-fordista, em razão do processo de intensificação através da eficiente cobrança por produtividade, tem maior impacto sobre o corpo e a mente dos trabalhadores. Assim, também o elemento aparentemente objetivo e estável representado pelo número de horas trabalhadas parece merecer maiores reflexões. O tempo se constrói (se “temporaliza”). Pode-se considerar que trabalhar por oito horas diárias atualmente no ritmo dos frigoríficos não tem o mesmo significado experiencial em relação ao trabalho, pelo mesmo período de tempo, duas ou três décadas atrás⁶.

Assim, embora fiscais e médicos do trabalho concordem que o excesso de jornada é uma das principais causas de acidentes do trabalho, as reflexões contidas no documentário “Carne e Osso” permitem indagar se se consideraria excesso apenas sob o ponto de vista quantitativo, de número de horas trabalhadas, ou um outro conceito de excesso precisaria ser melhor elaborado, qual seja, o de excesso em termos de intensidade, ainda que respeitados os limites numéricos de tempo. Assim, tarefas aceleradas, cobradas, exigidas também não representariam “excesso de jornada”, em face da intensidade da vivência laboral, ainda que desenvolvidas dentro dos limites legais, a revelar que, ocorrentes, são causa de adoecimento no trabalho?

Repensar o que se considera “excesso de jornada” conjugando-o com o “excesso de trabalho” parece exigir esforços conjugados, de origens diversas. Independentemente de uma política legislativa que parece salutar para atualizar e rever as questões relacionadas ao tempo *do e no* trabalho, os atores coletivos, e notadamente os sindicatos, deveriam se movimentar nesse sentido, assim como o Poder Judiciário no compromisso com uma hermenêutica voltada aos direitos fundamentais. No caso do Poder Judiciário, e das ações trabalhistas,

6 Note-se, porém, que muito provavelmente os trabalhadores retratados no documentário também eram expostos a jornadas extraordinárias. De todo modo, quanto à complexa questão do tempo enquanto instituição social, e não como mero elemento objetivável ou fenomenológico imutável, são importantes as reflexões de François Ost: “o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida, ele apresenta uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social – e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico” (2005, p. 12).

parece presente o vínculo etiológico (de causa e efeito) quando o adoecimento ocorre vinculado a um ambiente do trabalho marcado por processos de intensificação da produção e, por isso, devem-se reconhecer as consequências de se responsabilizar o empregador.

Como relatado acima, a produtividade do trabalho é imposta aos empregados a partir de um cálculo matemático – a produção é medida por segundos, por minutos, por hora, por jornada. Houve abstração do custo humano que o aumento puramente matemático da produção demanda. A exatidão estabelecida na relação número de tarefas X quantidade de tempo (em segundos, minutos, horas e para uma jornada toda), evidentemente, exigiria imaginar uma repetição precisa de movimentos que não é própria aos homens e às mulheres, mas, sim, às máquinas. Há, nisso, uma desumanização do trabalho⁷.

Como o esforço produtivo, calculado em termos meramente matemáticos, ignora o custo humano a ele vinculado, há intensificação do desgaste decorrente do trabalho. Mais do que isso: não são apenas os limites diários e semanais da duração laboral que se revelam inadequados. Os parâmetros legais de intervalos, pausas e períodos de desconexão do trabalhador, relativamente aos serviços e ao ambiente laboral, também se mostram inapropriados e insuficientes. Num ritmo de trabalho significativamente intenso, o intervalo mínimo intrajornada de uma hora, ou o interjornada de 11 horas, como previstos em lei, não são adequados para permitir a integral recuperação do cansaço e do desgaste produzidos pelo trabalho. Os direitos trabalhistas deixam, então, de alcançar sua finalidade, apresentando-se defasados perante essa realidade particularizada.

Para os trabalhadores que se encontram nessa situação, o labor demanda a superação de limites físicos, psíquicos, humanos. Eles escondem as doenças e suportam os sintomas do adoecimento. Os serviços são desempenhados até o limite do corpo, ou para além desse limite. Em alguns casos, o trabalhador já se encontra de tal maneira envolvido e absorvido nessa dinâmica produtiva, que a superação desses limites é uma questão de autoestima. Essa última está vinculada, portanto, à ideia de capacidade produtiva elevada ou (pelo menos) suficiente – independente do custo humano.

7 Observações feitas por Giovanni Alves sobre a representação de “Tempos Modernos”, com Charles Chaplin, possuem aproximação com um tema presente no documentário “Carne e Osso”, qual seja, o da valorização/desvalorização da pessoa e do trabalho dentro do processo de produção de mercadorias para uma sociedade de consumidores. “(...) Chaplin expressa o drama do proletário no processo de trabalho capitalista, que é processo de valorização. O que significa que ele deve exercer um trabalho sem conteúdo, monótono e repetitivo, principalmente no caso do trabalho industrial, *locus* da acumulação de valor e objeto de racionalização do capital através dos métodos fordistas-tayloristas (o que só ocorreria com o setor de serviços no pós-guerra)” (2005, p. 69).

DOCTRINA

A intensificação do trabalho se torna realidade, ainda, pela capacidade de se estabelecer mecanismos de controle sobre o corpo do trabalhador (“vencer a esteira”), mas também sobre a sua subjetividade. Há controle do tempo e daquilo que se produz em certo espaço de tempo. O trabalho e o ritmo do trabalho são organizados pelos empregadores de forma a possibilitar a obtenção de maior produtividade.

Ocorre que “não temos *dois corpos*, um para ‘o trabalho’ e outro para o ‘fora do trabalho’, é o mesmo corpo que enfrenta, experimenta-se, forma-se, gasta-se em todas as situações da vida social” (SCHWARTZ, 1996, p. 152).

À primeira vista, o documentário parece retratar uma forma de organização fordista-taylorista. Alguns elementos são indicativos disso, como a reunião, no mesmo espaço, de muitos trabalhadores envolvidos na mesma organização voltada à produção em massa, que protagonizam contratos formais e recebem salário na fórmula tradicional de troca de tempo por pagamento e que, além disso, residem nos mesmos bairros proletários. Todavia, uma observação mais cuidadosa demonstra que elementos do toyotismo estão presentes na separação entre iguais, na intensificação das tarefas, na cobrança por produtividade, na marcha da produção que é ditada pelo consumo e pelos contratos firmados com outras empresas, enfim, pelo cenário da autoexploração. O novo modo, por isso, não é propriamente toyotista, mas, sim, incorpora elementos dos paradigmas produtivos anteriores.

Márcio Túlio Viana visualiza rearranjos complexos entre o novo e o velho e que possibilitam à classe produtiva diversificar e controlar, tendo como objetivo maior eficiência econômica:

“Costuma-se dizer que o novo modo de produzir ainda está em gestação; não se definiu ainda. A prova seria a coexistência de fábricas ainda tayloristas com outras já toyotistas; e, mais do que isso, os vários arranjos entre os modelos. A própria automação, ao assumir graus e contornos variados, parece indicar que ainda não teria achado o seu caminho.

De fato, essa é uma hipótese possível, mas há uma outra mais interessante. Pode ser que o novo modelo seja exatamente essa mistura. Nesse sentido, é importante notar como as novas empresas se interagem com as velhas e mesmo com o mercado informal, articulando, produzindo e controlando a diversidade.” (2003, p. 790)

O trabalho em frigoríficos ainda aparece localizado, diferentemente da desterritorialização que já alcança diversos setores produtivos (marca característica da economia globalizada). Todavia, a ocupação do mesmo espaço não

permite uma autêntica reunião ou união entre os trabalhadores que, atingidos pela força do tempo cronometrado, aderem ao valor da produtividade e das metas como se esse fosse o autêntico e o único valor do trabalho.

4 – ORGANIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E SOFRIMENTO NO TRABALHO

A produtividade, e, na verdade, uma produtividade precisamente calculada, é, contemporaneamente, um importantíssimo vetor na organização da força de trabalho.

Nos termos das ponderações de Ost:

“Ainda no capítulo econômico, sublinharemos o novo imperativo categórico que se impõe à empresa: a gestão em ‘fluxo tenso’, a norma do ‘justo a tempo’, a regra da flexibilidade máxima. Para dar lucro, trata-se de abreviar a duração de cada operação e acelerar a rotatividade dos recursos: é a regra do ‘justo a tempo’, que se aplica agora também ao comprometimento da mão de obra, que utilizaremos justo o que é preciso e que dispensaremos ao menor sinal de alteração da agenda de encomendas.” (2005, p. 333)

Empresas buscam aumentar sua produtividade, ainda que com riscos de acidentes trabalhistas e com verdadeiro desprezo à integridade física dos trabalhadores. A pessoa do trabalhador é ignorada. Entre as principais causas de enfermidades e acidentes, é possível indicar duração excessiva da jornada, falta de repouso suficiente, tarefas repetitivas, trabalho penoso, ambiente hostil e posturas inadequadas.

Esses fatores têm em sua base o próprio controle que a empresa exerce sobre o corpo do trabalhador. O ritmo da empresa condiciona o ritmo do corpo do trabalhador. A maior produtividade é buscada a partir de decisões que repercutem diretamente sobre a pessoa do trabalhador, com consequências de ordem física, psíquica, social. O trabalhador, sua compleição corporal, suas necessidades mais variadas, precisa acompanhar a dinâmica, a plasticidade, a rotina empresarial. Aqui se constata o evento da banalização ou da naturalização do sofrimento imposto ao indivíduo. Na verdade, os trabalhadores passam a ser vistos e tratados como elementos da produção que precisa ser organizada. Novamente, há algo de velho e novo nesse cenário, ou seja, a visão do trabalho, e do trabalhador, como mercadoria. Também em *Tempos Modernos*, que é um filme e não propriamente um documentário, “os operários são apenas apêndices do sistema de máquinas, uma mera engrenagem, representada na cena clássica

do operário sendo engolido pela máquina” (ALVES, 2005, p. 70). “Carne e Osso” traduz bem esse acoplamento homem/máquina e traz a narrativa de um trabalhador que teve o braço engolido pela máquina. Ficção sobre o passado e realidade documentada do presente.

Atualmente, na organização da empresa ou da unidade econômica pós-fordista há uma preocupação não apenas em organizar a força de trabalho, mas, também, em destacar parte dela para atuar como controladora e fiscalizadora da produtividade dos demais. São trabalhadores controlando e competindo com trabalhadores. A “fábrica” se horizontaliza de uma forma interessante, ainda que mantida a hierarquia vertical no que diz respeito ao controle sobre a atividade econômica e sobre o auferimento de lucros. O sistema de pressão e de cobrança por chefes de equipe possibilitam uma ambientação propícia à ocorrência de assédio moral⁸.

O valor “produtividade” ganha certa estabilidade no mundo do trabalho. Os próprios trabalhadores têm sua autoestima definida pela capacidade de se tornarem e permanecerem produtivos, segundo os padrões preestabelecidos pela empresa.⁹ Tais padrões que medem a produtividade dos trabalhadores não foram discutidos de forma aberta e plural com os destinatários e, além disso, não consideram elementos de salubridade no meio ambiente do trabalho. O fato é que todo o significado desenvolvido em torno de perseguir o cumprimento de tais padrões possibilita um processo de autoexploração pelos trabalhadores.

Na dimensão democrática de direito, porém, não se imagina que atos, posturas e decisões que atingem determinado agrupamento, inclusive em temas relacionados à saúde e à atuação da previdência pública, possam ser decididos arbitrária e impositivamente por atores privados, até porque, como visto, a decisão tomada pelas empresas possui grau de afetação numa questão pública importante, que é justamente a do cumprimento das normas trabalhistas, que possuem caráter cogente.

“Carne e Osso” mostra uma necessidade de que as tarefas sejam reprojeta-
das para se contemplar pausas que visem à recomposição dos tecidos dos membros superiores e/ou, ainda, para se pensar na diminuição da jornada de trabalho. Todavia, nenhuma discussão séria há nesse sentido, circunstância agravada pela postura refratária das empresas.

8 Embora uma das trabalhadoras relate ter “vestido a camisa da empresa” e até ter assinado manifesto contra o sindicato (ato do qual se arrependeu), não aceitou o posto de assistente do chefe de setor, isso porque implicaria em cobrar mais produtividade dos subordinados, quando, na sua visão, já trabalhavam no limite.

9 Na concepção capitalista de “utilidade”, para os trabalhadores ser útil significa ser e estar produtivo.

Ao lado disso, a ameaça do desemprego atua como forma determinante de submissão às condições impostas pelos articuladores da economia.

Descreve Bauman que (2010, p. 52):

“Ameaçar com o desemprego ou recusar o emprego permite conquistar e manter o domínio com um gasto de energia, tempo e dinheiro muito inferior ao exigido para controlar e vigiar de maneira invasiva. A ameaça do desemprego desloca o ônus da prova para a parte adversa, ou seja, para os dominados. Cabe agora aos subordinados adotar um comportamento que tenha boas chances de agradar aos chefes e de estimulá-los a ‘adquirir’ seus serviços e seus ‘produtos’ particulares – exatamente como os outros produtores e revendedores estimulam em seus potenciais consumidores o desejo de comprar as mercadorias que vendem. ‘Seguir as rotinas’ não basta para atingir esse objetivo.”

Nos frigoríficos retratados no documentário, são mantidas as jornadas tradicionais de horário ou os turnos de trabalho, ou algumas horas a mais do que isso. Todavia, entre o início e o término deles é imposto determinado número de abates por dia. Assim, é mantido o mesmo número de trabalhadores contratados (não há aumento do contingente) e as jornadas não sofrem significativos elásticos, porém, a produtividade-dia mantém-se em alta. A discrepância entre número de trabalhadores, estrutura do frigorífico e quantidade pré-definida para a produção conduz à intensificação do trabalho. Assim, são os contratos firmados pela empresa com outras empresas que definem o ritmo da produção e o nível de exigência em relação aos trabalhadores.

Nesse contexto, haveria de se indagar se os esquemas tradicionais de proteção *do* e *ao* trabalho, representados pelos limites de jornada e pelos intervalos intra e entre jornadas, as férias de 30 dias e o repouso semanal remunerado, são suficientes para fazer frente a essa nova realidade do mundo do trabalho contemporâneo em que a vivência no trabalho cobra uma intensificação antes desconhecida para os trabalhadores.

Tanto as empresas quanto os departamentos médicos nelas mantidos sabem do adoecimento dos trabalhadores e, evidentemente, dos possíveis questionamentos judiciais relacionados aos acidentes do trabalho. Todavia, isso nem de longe tem sido suficiente para uma mudança de postura em relação à organização do trabalho. Há, na verdade, como descrito no documentário, um processo de negação. Assim, os trabalhadores estariam adoecendo e se afastando por qualquer outra razão (morte na família, traições no casamento, etc.), mas jamais porque se ativavam em favor da empresa. Portanto, as lesões nos

frigoríficos são vistas como ocorrências individuais e não como um problema coletivo.

À medida que os trabalhadores adoecem, especialmente em face da sobrecarga de trabalho, a percepção que desenvolvem é a de que são descartáveis¹⁰. Passam a conviver tais trabalhadores com a memória da dor, o trauma do adoecimento ou da perda de membro do corpo e percebem que, a despeito de tudo isso, foram “abandonados” pela empresa (“me jogaram fora”).

A fórmula encenada em “Carne e Osso” parece comportar o trabalho e o trabalhador tradicionais, protegidos por um contrato formal, cujo valor está em permanecerem produtivos, ainda que ocorra insatisfação com suas tarefas e com o ambiente no qual estão inseridos, e a despeito, ainda, dos baixos salários ganhos, mantidos em patamares estáveis para a categoria no decorrer dos anos, independentemente do processo de intensificação da produção. Há, ainda, os que permanecem doentes e, uma vez desafiliados do emprego tradicional, são atendidos pelo regime da Previdência oficial. Ambos convivem com os desempregados destinatários de assistência social e com desempregados que não recebem qualquer forma de amparo. Que riscos, quais consequências e que tipo de sociedade esse processo de exclusão está produzindo?

5 – CONCLUSÃO

Quando se discute temas relacionados à proteção constitucional endereçada ao mundo do trabalho, e especialmente às pessoas que necessitam viver do seu trabalho, diversos supostos consensos entram em cena, suportados sobremodo em máximas do senso comum. Talvez o mais trivial deles seja o de rejeitar qualquer movimento de intervenção ou de interface estatal que vise regular ou normatizar, de forma cogente, as relações de trabalho. Propaga-se que a não intervenção estatal é fundamental ao crescimento econômico que, por sua vez, será capaz de gerar mais postos de trabalho.

Todavia, não há dados ou estudos que efetivamente confirmem que desenvolvimento econômico se traduz, necessária e naturalmente, em desenvol-

10 Pessoas descartáveis e relações descartáveis são componentes do que temos chamado de contemporaneidade. Tal como descreve Bauman: “no mundo líquido-moderno, a solidez das coisas, assim como a solidez dos vínculos humanos, é vista como uma ameaça: qualquer juramento de fidelidade, qualquer compromisso a longo prazo (e mais ainda por prazo indeterminado) prenuncia um futuro preche de obrigações que limitam a liberdade de movimento e a capacidade de perceber novas oportunidades (ainda desconhecidas) assim que (inevitavelmente) elas se apresentarem (...) A alegria de ‘livrar-se’ de algo, o ato de descartar e jogar no lixo, essa é a verdadeira paixão do nosso mundo. (...) Dos objetos e dos laços, exige-se apenas que sirvam durante algum tempo e que possam ser destruídos ou descartados de alguma forma quando se tornarem obsoletos – o que acontecerá forçosamente” (2010, p. 40-42).

vimento para todos. A disparidade entre a posição que o Brasil hoje ocupa em termos de desenvolvimento econômico (entre a 5ª ou 6ª economia do mundo) e aquela que ostenta quando se trata do Índice de Desenvolvimento Humano (84ª) pode ser um interessante elemento para “desnaturalizar” certas relações de causa e efeito propagadas sobre o assunto. Assim, crescimento econômico não necessariamente importa em crescimento ou desenvolvimento para todos. A centralidade do econômico tem substituído, com facilidade, a centralidade das pessoas.

A propósito do “Carne e Osso”, é interessante constatar que, a despeito da envergadura do setor econômico, os trabalhadores permanecem confinados no mesmo estrato social. Isso significa que não há aumento proporcional dos salários e dos benefícios pagos. O nível salarial não incrementa, a despeito da lucratividade do setor. Aqui se pode falar em salários miseráveis que não permitem sequer repor a energia e a vida gasta com o trabalho realizado. Os trabalhadores, por décadas, têm ocupado os mesmos bairros empobrecidos da cidade. As “vilas” de operários dos frigoríficos são o retrato de que a lucratividade ou a riqueza produzidas por certa atividade econômica não são capazes de alterar o cenário de ocupação urbana desprivilegiada da cidade.

Note-se que a questão não é negar o centro gravitacional da lucratividade no desenvolvimento de atividades econômicas, até porque o sistema da economia é autônomo na medida em que se reproduz a partir do seu próprio código binário, no caso, lucro/não lucro. Então, trata-se de problematizar, especificamente no caso do sistema do direito, a questão do vetor único ou predominante da produtividade quando isso traz reflexos para as pessoas trabalhadoras, em termos de sofrimento e de demandas por direitos¹¹.

Há, ainda, uma contradição que precisa ser enfrentada quando se contrasta o papel do Estado brasileiro e as demandas por proteção vinculadas às relações sociais, na medida em que traduz mensagens e comandos contraditórios. Haveria uma patológica dupla personalidade estatal? De fato, colocando em xeque uma questão de coerência, de um lado, a pressão para que os direitos (e os sociais em particular) sejam encarados na perspectiva dos seus custos, aponta no sentido da necessidade de recuo estatal. Por outro, porém, maior intervenção e presença do Estado são exigidas para controle dos danos ocasionados pelas mais variadas e sucessivas crises do capitalismo.

Segundo Bauman:

11 Segundo Bauman, “o capitalismo se destaca por criar problemas, e não solucioná-los”. Mais especificamente, o capitalismo “não pode ser simultaneamente coerente e completo. Se é coerente com seus princípios, surgem problemas que não é capaz de enfrentar” (2010, p. 7).

“O Estado assistencial para os ricos (que, ao contrário de seu homônimo para os pobres, jamais teve sua racionalidade questionada e, ainda mais, nunca sofreu tentativas de desmantelamento) voltou aos salões, deixando as dependências de serviço a que seus escritórios estiveram temporariamente relegados, para evitar comparações desagradáveis. O estado voltou a exhibir e flexionar sua musculatura como não fazia há muito tempo, com esses propósitos: agora, porém, pelo bem da continuidade do próprio jogo que tornou sua flexibilização difícil e até – horror! – insuportável; um jogo que, curiosamente, não tolera Estados musculosos, mas ao mesmo tempo não pode sobreviver sem eles (2010, p. 23-24).”¹²

O sistema econômico privado se sustenta a partir da estrutura pública colocada à disposição da livre-iniciativa. São ilusórias, portanto, a crença e a defesa de uma ausência estatal. Aliás, ocorrente a omissão da regulação jurídica (do sistema de proteção social), ou sua insuficiência, isso permite o aprofundamento das desigualdades geradas sistematicamente pelo capitalismo.

A centralidade do econômico tem tensionado o trabalho como valor, que não deveria se resumir a uma expressão do montante monetário do salário. Hoje, aliás, as pessoas são mais bem reconhecidas por serem consumidoras do que trabalhadoras. Todavia, há problemas numa cidadania que se afirma mediante consumo, muito mais do que mediante o trabalho¹³.

Na questão do trabalho, o direito de acesso a um trabalho decente não pode ser traduzido apenas como o direito a ocupar-se. Para o desenvolvimento de um conceito constitucionalmente adequado seria importante considerar o tripé: proteção, igualdade e segurança. Se o trabalho em frigoríficos não consegue cumular essas qualidades, a própria dignidade da pessoa trabalhadora está atingida.

Observando o sofrimento em “Carne e Osso”, é pertinente indagar de forma crítica: há efetiva liberdade para trabalhar na Era Contemporânea, no século XXI?

12 Mais à frente, Bauman acrescenta que “é preciso sublinhar que os dois elefantes, o Estado e o mercado, podem lutar entre si ocasionalmente, mas a relação normal e comum entre eles, num sistema capitalista, tem sido de simbiose” (2010, p. 30).

13 Na verdade, a relevância do trabalho ou o valor do trabalho se revela na medida em que se traduz como meio que possibilita o acesso ao crédito e ao consumo. Na visão de Bauman, está em curso uma transição de uma sociedade “sólida”, de produtores, para uma sociedade “líquida”, de consumidores (2010, p. 29).

“A boa-fé, que deve presidir os acordos, implica que se os adapte, de vez que se tornem injustos” (OST, 2005, p. 195)¹⁴. Portanto, tendo como norte esse princípio normativo importante para o sistema do direito, se pode afirmar que ainda que os trabalhadores tenham sido contratados para se submeterem àquelas circunstâncias traçadas e previamente definidas pelo contratante, há de se reconhecer o dever empresarial de alterá-las, tendo como norte a salubridade do meio ambiente do trabalho. A preservação da liberdade dos trabalhadores – que não ocorre em situações que imponham nível de sofrimento no trabalho – é condição para que se considere legítimo o poder empresarial de organização da produção.

O poder do empregador não pode se conceber de tal modo absoluto e incontestável. Ainda que seja atributo do contratante organizar a força de trabalho, deverá observar a liberdade *do* e *no* trabalho que, no mínimo, deveria impedir que a integridade física, emocional e intelectual dos trabalhadores estivesse exposta ao sistema de exploração. Restringidas e vigiadas liberdades básicas de uma pessoa adulta, vê-se corroída a autonomia individual¹⁵.

O denominado pós-fordismo gera problemas novos e intensifica antigos, como assédio no ambiente do trabalho; sofrimento mental; transtornos de toda ordem.

Qual é o papel do Direito do Trabalho? Contribui-se efetivamente para a mudança da realidade? Embora tenha sido “para responder às demandas por segurança social surgidas com a insegurança decorrente da mercantilização do trabalho que se criaram redes de proteção social, entre as quais o Direito do Trabalho” (SILVA & HORN, 2008, p. 202), é preciso considerar que tal rede não pode representar um conjunto de normas estáveis, absolutizadas, abstratas e que por isso mesmo podem nada realizar. Tal rede talvez deva ser encarada como um conjunto dinâmico de princípios normativos flexíveis.

Na visão de Márcio Túlio Viana:

“O Direito do Trabalho terá de ser flexível, mas não no sentido de abrir espaço ao mais forte – e sim no de persegui-lo em suas mutações. Ao

14 Ainda segundo Ost (2005, p. 207), “esse princípio de boa-fé é compreendido, com justiça, como princípio geral de direito, regulador tanto das relações verticais entre governantes e governados quanto relações horizontais entre pessoas privadas ou entre Estados”.

15 O controle sobre o próprio corpo, e respectivo ritmo, para uso do banheiro, por exemplo, é salutar para os indivíduos na passagem de uma época mais distante da infância, marcada pela dependência dos pais ou dos educadores, que depois é substituída pela independência. Todavia, quando este mesmo indivíduo, no futuro, passa a pertencer a um grupo específico, qual seja, dos trabalhadores, vê aquela independência anteriormente conquistada novamente subvertida, porquanto atingida pelo poder de comando atribuído a um ente privado: o empregador.

mesmo tempo, terá também de ser rígido na defesa de seu princípio mais importante – o de proteção – do mesmo modo que o capital também o é quando se trata de acumular riquezas em poucas mãos.” (2003, p. 790)

A perda do trabalho e das condições para trabalhar representa rompimento do meio pelo qual a pessoa desenvolve sua relação de pertencimento social, isso porque, em termos do valor do trabalho, que transcende o aspecto monetário, os cidadãos na empresa se reconhecem apenas como cidadãos da empresa. Na dimensão constitucional democrática de direito, não é possível falar-se em democracia sem cidadania e trabalho – não se aparta a democracia do trabalho. Assim, a exclusão do trabalho e do trabalhador representam graves problemas para a cidadania.

Em termos constitucionais, o trabalho é um direito e também a expressão de uma liberdade fundamental (trabalho-direito; trabalho-liberdade). Se ele não for ambos, não será nenhum.

O direito não resolve problemas econômicos. Todavia, num regime democrático, parece-lhe caber o papel de indicar atuações econômicas dentro de certas balizas constitucionais, centradas na liberdade e na igualdade. Trata-se, portanto, da própria normatividade da Constituição. Assim, o direito não constrói, por si, segurança e bem-estar no trabalho. Todavia, sua autonomia e a normatividade da Constituição exigem compromisso vertical (dos poderes constituídos) e horizontal (envolvendo todas as relações entre particulares) com os direitos fundamentais.

Há um debate que precisa ser travado acerca da adequabilidade e do sentido que se tem conferido aos esquemas protetivos do Direito do Trabalho. Até onde vai o poder diretivo do empregador? Como impedir que determinado segmento econômico, em razão das opções que fez em torno da organização do trabalho, gere sofrimento aos trabalhadores? Seriam adequados os descansos tradicionalmente previstos e moldados numa época de produção fordista para fazer frente ao desgaste e ao tipo de cansaço produzidos pela inserção das pessoas na produção pós-fordista? A legislação e as normas coletivas produzidas em torno da previsão constitucional sobre a repartição de lucros têm surtido algum efeito na desigualdade entre aquilo que é destinado aos trabalhadores e o lucro acumulado pelos articuladores da atividade econômica? A tutela processual individual e individualizada em demandas que envolvem perdas e danos por acidentes do trabalho é suficiente, surte efeito significativo, num dano que tem proporções coletivas?

De qualquer forma, talvez seja possível afirmar que a proteção devida à pessoa, enquanto princípio salutar básico dos direitos fundamentais, não pode ser condicionada, restringida ou limitada a raciocínios de natureza econômica. Do contrário, seria o mesmo que assumir, mesmo no Estado Democrático de Direito, que a proteção à pessoa humana depende do nível de ingerência dos interesses econômicos (“custo econômico dos direitos”), sendo assim, um direito que nenhuma garantia representa.

A política e o direito, enquanto sistemas autônomos, não podem se transformar em objeto real de apropriação pelo sistema da economia. Aliás, quanto mais avançam e se intensificam situações de vida e de trabalho sob o efeito do movimento do capital, mais os sistemas político e jurídico devem permanecer idênticos a si mesmos, atuando com o seu próprio código binário, como garantia de uma cidadania expressiva do interesse público e comum.¹⁶

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Giovanni. A batalha de Carlitos: trabalho e estranhamento em *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin. In: *ArtCultura* – Revista do Instituto de História da Universidade Federal de Uberlândia. v. 7, n. 10, jan.-jun. de 2005, p. 65-81.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?*: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*: e outros temas contemporâneos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, São Paulo: Edusc, 2005.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. In: *Revista de Direito do Trabalho* (RDT), Editora Revista dos Tribunais, ano 34, vol. 32, out/dez de 2008, p. 185-205.

SCHWARTZ, Yves. Trabalho e valor. In: *Tempo social*. Rev. Sociol. USP, São Paulo, 8: 147-158, outubro de 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. In: *Revista LTr*. São Paulo, ano 67, n. 7, julho de 2003, p. 775-790.

Documentário:

CARNE E OSSO. Ficha técnica. Duração: 65 min. Direção: Caio Cavechini e Carlos Juliano Barros. Roteiro e edição: Caio Cavechini. Fotografia: Lucas Barreto. Pesquisa: André Campos e Carlos Juliano Barros. Produção Executiva: Maurício Hashizume. Realização: Repórter Brasil, 2011.

16 Parte desse raciocínio encontra-se inspirado nas reflexões de Yves Schwartz (1996, p. 156).

SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES E RESPONSABILIDADE SOCIAL: UMA QUESTÃO DE LAÇO

Silvia Jardim*

“A questão do laço social como modo de tratamento do mal-estar na cultura é essencial para a psicanálise. A experiência psicanalítica nos ensinou que o sujeito, enredado em suas estratégias mortíferas de recuperação do essencialmente perdido, encontra na ordem do discurso a via possível para atravessar a vida. Por isso mesmo, Freud nunca confinou a psicanálise numa relação entre dois. Concebendo a sexualidade e a pulsão como essencialmente atravessadas pelo social, tratou da cultura, da história, da política, da arte e da religião a partir da psicanálise (...). Lacan, por sua vez, situando a psicanálise como inseparável do campo da fala e da linguagem, indica que no mais substancial de seus fundamentos a psicanálise é um laço social. Uma práxis apoiada numa ética que nos ata enquanto sujeitos, não à elaboração conceitual diletante, mas a um laço específico com o Outro, com o significante e com a perda. Em uma palavra: ao real.”¹

INTRODUÇÃO

Um dos desafios do campo da saúde mental e trabalho é a conjugação entre a dimensão social do processo saúde e doença e a singularidade da clínica. Como responsabilizar a organização do trabalho, uma empresa, por exemplo, por uma dor, um sofrimento, um mal-estar, uma perda, uma morte absolutamente singular?

Em 2001 a questão acima foi formulada em artigo intitulado “Ética e saúde mental do trabalhador: a legitimidade do transtorno de estresse pós-

* Médica psiquiatra da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; doutora em Psiquiatria pela UFRJ; responsável técnica pelo Programa de Saúde Mental da Divisão de Saúde do Trabalhador – DVST/UFRJ.

1 COSTA-MOURA, Fernanda. *Psicanálise e laço social*. Apresentação. (Org.). Rio de Janeiro: 7Letras, 2009. p. 7.

traumático relacionado ao trabalho”². Na ocasião, respondia que “a dor é de cada trabalhador e somente cada um pode responder por ela. Por sua vez, a responsabilidade social, de fato, se refere ao que é necessariamente comum no trabalho: as relações de trabalho, os vínculos empregatícios, o projeto de uma instituição, a divisão das ações, os compromissos e os valores culturais. Eticamente, então, cabe à organização do trabalho em suas formas jurídicas responder não pela dor, mas pelos danos causados, assumir parte na perda sofrida” (p. 77-78).

Notava, ainda, que uma observação frequente – uma década depois continua válida – na clínica em saúde mental dos trabalhadores é que as queixas e as demandas por benefícios da previdência social ou compensações cíveis muitas vezes não são em relação ao dano propriamente sofrido, mas à ausência ou precariedade de apoio, à falta de compromisso por parte da organização em cujo contexto ocorreu a situação traumática e/ou adoecedora. A reclamação se dá mais pela ruptura do contrato social do que pelo evento traumático referido na ação. A ética reivindicada, então, é a que encara cada caso como obrigando a repensar toda a organização implicada na realização do trabalho em que os eventos adoecedores ocorrem.

A década passada, primeira do século XXI, no que se refere ao mundo do trabalho, se caracterizou pelo prosseguimento de encaminhamentos nas relações de trabalho, iniciados no final do século anterior, em direção a cada vez menos estabilidade dos vínculos empregatícios, cada vez maior precariedade com um processo de flexibilidade dos postos e das relações de trabalho, culminando em um processo geral extremamente marcado pela terceirização do trabalho.³ Cada vez menos “trabalhadores” transformados em “colaboradores” e cada vez menos “capitalistas” encarnados em pessoas, fábricas e empresas com história, tradição e nome a zelar e transmitir. O capital e sua forma real, a mercadoria, por sua vez, impera em nossas vidas cotidianas ao redor do globo. A globalização significa exatamente isso: ausência de fronteiras para o capitalismo e seu *modus vivendi*.

2 JARDIM, Silvia. Ética e saúde mental do trabalhador: a legitimidade do transtorno de estresse pós-traumático relacionado ao trabalho. In: TALVANE DE MORAES (Org.). *Ética e Psiquiatria Forense*. Rio de Janeiro: IPUB/CUCA, 2001. p. 57-84.

3 A definição terceirização “tem sido usada para descrever um fenômeno específico, em que uma empresa se serve de trabalhadores alheios – como se inserisse outra dentro de si” (p. 54). VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula nº 331 do TST. Novos Enfoques. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 77, n. 1, jan./mar. 2001, p. 54-84.

No mesmo artigo é assumido que “a terceirização é o retrato em miniatura de um movimento mais complessivo do sistema no sentido de excluir muito mais do que incluir” (p. 54).

Não por acaso, certamente, a questão da responsabilidade social das empresas vem ganhando vulto a partir da segunda metade do século XX e cada vez mais no início do século XXI: “Quem é que vai tomar conta do bem comum?”, diz Dayse Coelho de Almeida, é a pergunta do “guru” da administração moderna⁴. Entretanto, como articular o sofrimento humano, em suas formas mais ou menos adoecidas, ao que se passa no social, na cultura? Para avançar nesse entendimento vou recorrer a duas noções que não são específicas do campo da saúde mental, nem da saúde do trabalhador, mas que são fundamentais para o escopo deste ensaio e que em si já tocam, também, o campo do Direito, sendo essas noções: “ética” e “laço social”.

Assim, o objetivo é retomar a questão do laço social, implicado na organização do trabalho no capitalismo, e pensar os paradoxos e possibilidades, ou não, de limites e intervenções a partir da prática clínica em saúde mental dos trabalhadores⁵.

O CAMPO DA SAÚDE MENTAL E TRABALHO

Segundo Francisco Lacaz⁶, a Saúde do Trabalhador vem se constituindo como um campo de saberes e práticas no Brasil a partir das formulações que surgiram e se desenvolveram desde a década de 70, particularmente com a inclusão das ciências sociais na interpretação das relações saúde/doença e trabalho, em acordo com as contribuições da chamada “Medicina Social Latino-Americana” e da “Saúde Coletiva” no âmbito das elaborações do campo teórico-abstrato “Saúde e Trabalho”.

Seguindo o mesmo autor acima, a Saúde do Trabalhador seria, então, uma *démarche* caracterizada fundamentalmente por: 1) introduzir na discussão sobre a determinação social do processo saúde/doença a importância do *trabalho* para o estudo dessa determinação, incorporando especificamente a ideia de *processo de trabalho* como uma categoria explicativa que se inscreveria nas relações sociais de produção existentes entre o capital e o trabalho; 2) incorporação da ideia de *trabalhador*, colocando-a numa perspectiva de interação entre o biológico e o psíquico, constituindo um nexu indissociável; 3) enquanto uma “atividade abstrata”, ser elaborada por grupos de pesquisadores multiprofissionais (saúde, ciências sociais, antropologia, filosofia), tendo por objeto as

4 ALMEIDA, Dayse Coelho. *Responsabilidade social*: um possível subsídio para aplicação dos direitos trabalhistas. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1007>>. Acesso em: 29 ago. 2012, p. 3.

5 JARDIM, Silvia Rodrigues; SILVA FILHO, João Ferreira. Profissão: identificação e projeto. In: *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 6(1/2):101-119, 1996.

6 LACAZ, Francisco Antonio de Castro. Saúde do trabalhador: um estudo sobre as formações discursivas da academia, dos serviços e do movimento sindical. Tese de Doutorado. Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 1996.

relações capital/trabalho, trabalho/saúde e sociedade/classes/saúde, utilizando como instrumentos e métodos abordagem teórica e conceitual transdisciplinar e que dota técnicas analíticas das diferentes disciplinas do conhecimento; 4) ter como “agente” as equipes de saúde (várias profissões de especializações diversas) e “agentes de saúde” os próprios trabalhadores, colocando a técnica a serviço destes; 5) adotar como instrumentos e meios uma abordagem de saúde coletiva, empírico-conceitual, clínico-epidemiológica e de planejamento, engenharia, ciências sociais e políticas (p. 22-25).

Por sua vez, Edith Seligmann-Silva⁷ (1994) define o campo da “Saúde Mental do Trabalho” (SMT)⁸ como emergindo do campo de estudo da produção social dos distúrbios mentais e salientando três dimensões desse campo: a *interdisciplinaridade*, a *centralidade do trabalho*, como objeto de análise, e a *ética* na pesquisa e nas práticas em saúde, conforme a própria autora:

“O estudo das conexões saúde mental e trabalho não é novo. Entretanto, os desenvolvimentos teóricos e metodológicos sobre o tema, bem como a nitidez cada vez maior dos seus significados políticos, econômicos e socioculturais, assumem tal intensidade e abrangência que se torna possível falar de surgimento de um novo campo de estudo marcado pela *interdisciplinaridade*. Neste campo, passam a ser examinados os processos Saúde/Doença vinculados, em suas determinações ou desenvolvimentos, à *vida laboral*, através de uma ótica profundamente distinta das anteriormente adotadas, tanto pelo enriquecimento dos eixos de análise quanto pela fixação de uma perspectiva em que as finalidades das investigações assumem *diretrizes éticas*. O que significa que princípios que ultrapassam a busca da produtividade são adotados, na medida em que os estudos se voltam para identificar todos os aspectos ‘adoecedores’, inclusive aqueles que possam estar servindo simultaneamente aos interesses da produção.” (p. 50, grifos adicionados)

A CENTRALIDADE DO TRABALHO: UMA HISTÓRIA QUE NÃO CESSA DE ACONTECER

Para entendermos a centralidade do trabalho na nossa história, portanto, no nosso passado e no nosso presente, vou partir de uma situação que muito

7 SELIGMANN-SILVA, Edith. *O desgaste mental no trabalho dominado*. São Paulo/Rio de Janeiro: Cortez/UFRJ, 1994.

8 Mais recentemente a mesma autora atualizou essa definição em da “Saúde Mental Relacionada ao Trabalho” (SMRT) em seu livro *Trabalho e Desgaste Mental: o direito de ser dono de si mesmo*. SELIGMANN-SILVA, Edith. São Paulo: Cortez, 2011.

me marcou. Em abril de 1998, já psiquiatra da UFRJ, fui chamada ao então Centro de Manutenção da Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro. O Metrô carioca havia sido concedido para exploração de suas linhas, por vinte anos, a uma empresa portenha. Encontrei a seguinte cena: a frase “Aqui jaz a categoria” escrita a caneta esferográfica, numa folha amarfanhada e espetada em uma cruz de gravetos, que, por sua vez, se equilibrava em uma montanha de papéis, caixas e pastas desalojadas de gavetas, arquivos e armários de vários departamentos administrativos, incluindo o Serviço de Psicologia, o Serviço Médico e o Serviço Social.

Chamada ali como psiquiatra que fui do Metrô no período de 1990 a 1992, pude testemunhar o avesso daquilo que havia observado e descrito na pesquisa para a tese de doutorado defendida em 1994: as marcas subjetivas da construção de uma categoria profissional⁹.

O Metrô carioca, que em 1982 havia começado a operar suas linhas, agonizava em crise no início da década de 90 e no final dessa mesma década não morria, mas enterrava a sua “categoria”. A palavra “categoria”, à qual até o momento da cena descrita não tinha dado muita atenção, passou a figurar como extremamente representativa nas minhas reflexões sobre todo o processo de tornar-se profissional no Metrô carioca e deixar de sê-lo em apenas uma década e meia: quanta rapidez; quanta modernidade; quantos destinos partidos; quanta dor psíquica!

Entretanto, os números e a descrição desses movimentos inevitáveis rumo ao fim das “categorias” vinham cada vez mais aparecendo na literatura, especialmente na sociologia.

Em 1996, na França, 1997, no Brasil, “O Horror Econômico”, de Viviane Forrester, denunciava o “engodo magistral” da obrigação de todos procurarem um trabalho/emprego que, necessariamente, não existe. Ficando o trágico, segundo a autora, demarcado pelo fato inarredável dessa busca inacessível se confundir com o próprio destino de milhões de pessoas¹⁰.

Já em 1995, na França, 1998, no Brasil, Robert Castel¹¹ publicava sua pesquisa documental rigorosa, demonstrando que a obrigatoriedade de procurar e aceitar qualquer emprego e salário, sendo essa também a única e desejável justificativa para o trânsito dos despossuídos entre os povoados e as cidades,

9 JARDIM, Sílvia Rodrigues. Processo de trabalho e sofrimento psíquico: o caso dos pilotos do Metrô carioca. Rio de Janeiro, Tese de Doutorado, Instituto de Psiquiatria – IPUB/UFRJ, 1994.

10 FORRESTER, Viviane. *O horror econômico*. São Paulo: UNESP, 1997.

11 CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

data dos éditos reais da Inglaterra, França e Portugal da segunda metade do século XIV, e cujo exemplo principal é o chamado Estatuto dos Trabalhadores (*Statum serventibus, Statute of Labourers*) promulgado por Eduardo III da Inglaterra em 1349. Para Castel, na Europa do século XIV, a “desconversão da sociedade feudal” produz uma “mobilidade incontrolável” em que “massas de coitados fazem a experiência negativa da liberdade de escapar às inscrições tradicionais” (p. 112). Surgiam há 600 anos os primeiros “supranumerários”, que para Castel são os ancestrais dos atuais por homologia de posição, não por identidade de condição: “aqueles que não têm nenhum lugar determinado na estrutura social nem em seu sistema de distribuição das posições reconhecidas, nem sequer o que faz dos indigentes assistidos uma clientela integrada” (p. 96).

Pierre Bourdieu, com “A Miséria do Mundo”¹², voltou no final da década de 90 a se debater em pesquisas que demonstraram com exemplos mais ou menos focais a derrocada de mundos na passagem de estilos tradicionais para a modernidade, adentrando com suas descrições filmadoras bairros de periferia, condomínios de imigrantes, casas de desempregados e acabando por afirmar em uma intervenção nos “Encontros Europeus contra a Precariedade”, em Grenoble, em dezembro de 1997, e publicada em “Contrafogos”¹³ (p. 122), que, paradoxalmente, seu livro mais antigo (1977) – *Travail et Travailleurs en Algérie* –, que no Brasil recebeu o título de “O Desencantamento do Mundo”¹⁴, seria o mais atual ao demonstrar que para conceber um projeto, isto é, uma ambição raciocinada de transformar o presente por referência a um futuro projetado (o cálculo), é preciso um mínimo de domínio sobre o presente e que essa forma de domínio do tempo, característica do modo de produção capitalista, necessita de gerações para se constituir.

Por fim, mas não por último, Eric Hobsbawm¹⁵ nos ofereceu alguns números: “Para 80% da humanidade, a Idade Média acabou de repente em meados de 1950; ou talvez melhor, sentiu-se que ela acabou na década de 1960” (p. 283).

No início da década de 1980, nenhum país a oeste das fronteiras da “cortina de ferro” tinha mais de 10% de sua população na atividade agrícola, com exceção da República da Irlanda (um pouco acima desse número), Espanha (14,5%) e Portugal (17,5%). Considera ainda mais extraordinário o fato de a população agrícola também ter declinado vertiginosamente em países onde

12 BOURDIEU, Pierre (Org.). *A miséria do mundo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

13 BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

14 BOURDIEU, Pierre. *O desencantamento do mundo*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

15 HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX (1914 – 1991)*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1995.

não houve a rápida industrialização antecipadora da morte do campesinato nos países desenvolvidos: no Brasil, a porcentagem de camponeses foi reduzida à metade em 20 anos (1960-1980). Em 1970 não havia na América Latina – fora dos ministados da tripa de terra centro-americana e do Haiti – um único país onde os camponeses não fossem minoria. A situação era semelhante nos países do islã ocidental.

Hobsbawm precisa mais a afirmação, demonstrando a confirmação da previsão de Karl Marx de que os camponeses se extinguiriam:

“A mudança social mais impressionante e de mais longo alcance da segunda metade deste século, e que nos isola para sempre do mundo do passado, é a morte do campesinato. Pois desde a era neolítica a maioria dos seres humanos vivia da terra e seu gado ou recorria ao mar para a pesca. Com exceção da Grã-Bretanha, camponeses e agricultores continuaram sendo uma parte maciça da população empregada, mesmo em países industrializados, até bem adiantado o século XX. (...) Afinal, às vésperas da Segunda Guerra Mundial, só havia um país industrial, além da Grã-Bretanha, onde a agricultura e a pesca empregavam menos de 20% da população, a Bélgica. Mesmo na Alemanha e nos EUA, as maiores economias industriais, a população agrícola, apesar de estar de fato em declínio constante, ainda equivalia mais ou menos a um quarto dos habitantes; na França, Suécia e Áustria, ainda estava entre 35% e 40%. Quanto aos países agrários atrasados – digamos, na Europa, a Bulgária e a Romênia –, cerca de quatro em cada cinco habitantes trabalhavam na terra.” (p. 284)

Essa abrangente, mas tosca, digressão histórica e sociológica deixa a impressão de que a ruptura com a tradição e entrada na modernidade capitalista é um fenômeno que não cessa de acontecer desde a baixa Idade Média. Alegoricamente, pode-se dizer que colocada em movimento, essa máquina de desconversão social não deixou de operar ao longo de seis séculos pelos quatro cantos do mundo, aumentando, por fim, sua velocidade. E mais ainda, que continua a operar dentro do próprio sistema capitalista, atualizando-o sempre.

Em 1998, Richard Sennett voltou a abordar questões sobre trabalho e caráter que, segundo ele mesmo, havia abordado vinte e cinco anos antes num livro que escreveu junto com Jonathan Cobb sobre americanos da classe operária: “Os males ocultos do sistema de classe”¹⁶. Volta a falar da classe trabalhadora

16 SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter*: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Rio de Janeiro: Record, 2000.

para traçar ensaisticamente os efeitos do que chama “novo capitalismo”. Não trata mais de males ocultos, mas de “A corrosão do caráter”, caráter entendido como “o valor ético que atribuímos aos nossos próprios desejos e às nossas relações com o mundo” (p. 10). O encontro com esse título do livro de Sennett trouxe-me imediatamente à lembrança a frase inscrita no Metrô carioca: “Aqui jaz a categoria”. Era exatamente para isso que aquela frase apontava: a corrosão da categoria, do caráter, do valor de um grupo de trabalhadores organizados, corrosão essa metaforizada pela insígnia da morte.

Sennett analisou, nessa obra, a reinvenção descontínua de instituições conhecidas como reengenharia/reestruturação produtiva como produzindo uma descontinuidade entre o presente e o passado através da mudança flexível que ataca a rotina burocrática, com a hierarquia piramidal fordista sendo substituída por redes horizontais flexíveis (desagregação vertical). A operação pode ser feita através de programas de computador que identificam rapidamente as células pouco produtivas ou ineficientes, orientando a remoção de camadas (*delaying*) e oferecendo a um número menor de administradores controle sobre um número maior de subordinados, e conferindo aos membros de uma ilha múltiplas tarefas a cumprir, sobrepondo-as, sendo o fato mais destacado dessa estratégia a redução de empregos como efeito do “enxugamento” (*downsizing*).

A especialização flexível enfatiza a inovação em resposta à demanda do mercado, mudando-se as tarefas que os operários têm que fazer semanal ou até diariamente. Sennett pergunta: “Haverá limites para até onde as pessoas são obrigadas a dobrar-se?” (p. 61).

A chamada cultura ocidental moderna tem se organizado em torno do trabalho, ou seja, da produção de objetos (mercadorias) como valor mediador das trocas sociais, a ponto de o trabalho se tornar um ideal, um gosto, uma vocação, uma nobreza, “ser trabalhador”, “ser profissional”. “Ser trabalhador” torna-se para nós uma marca, uma insígnia. Ou, “querer trabalhar”, um destino. Ou seja, o trabalho não é natural e está articulado aos nossos regozijos e nossas mazelas, à nossa economia psíquica. Entretanto, como vimos acima, essas marcas e esse querer são forjados em um torno que inclui a falta de trabalho para todos os que estão obrigados a trabalhar e inclui uma perda de valor na produção do próprio valor das mercadorias e dos homens, como será apresentado no item “a centralidade do trabalho na economia e na psicanálise”. As mudanças na organização do trabalho que vêm acontecendo nas últimas décadas no mundo do trabalho não são uma alteração na estrutura do modo de produção capitalista, mas, ao mesmo tempo em que expandem, esgarçam o laço social

que o sustenta¹⁷. Haverá limite para esse processo que parece disparado, sem controle, acéfalo?

Volta-se a esse ponto para concluir, apontando para a questão da responsabilidade social que cabe a cada um como cidadão e sujeito e a todos os organismos e instâncias sociais, incluídos os governos e as empresas de que ordem forem, inclusive as anônimas e as terceiras.

A CENTRALIDADE DO TRABALHO NO CAMPO DA SAÚDE MENTAL E TRABALHO

Segundo Leny Sato e Márcia Hespagnol Bernardo¹⁸, é inegável o aumento da produção técnico-científica na área da Saúde Mental e Trabalho nas últimas décadas, oferecendo elementos no sentido de fortalecer os argumentos e socializar o debate acerca da importante participação das condições e da organização do trabalho na vivência dos problemas de saúde/doença mental. As mesmas autoras, entretanto, enfatizam que as recentes e profundas mudanças na realidade de trabalho têm tido papel fundamental na conformação de um contexto pouco favorável à explicitação dos problemas de saúde mental e trabalho.

O campo da Saúde Mental e Trabalho, segundo as mesmas autoras, foi conformado pelo problema do desemprego, explicitando os efeitos deletérios para a saúde daqueles que não conseguem inserção no mercado de trabalho. Mas os que trabalham não deixam de sofrer com a pressão do desemprego, que aparece como “fantasma” sempre presente, acirrando a competição por vagas. Além disso, a vigência do chamado “discurso da competência” que se caracteriza por depositar nos indivíduos toda a responsabilidade, especialmente pelos erros, pelas doenças ou acidentes, posto que a exigência é a de sua adequação ao que o mercado demanda deles, impõe aos trabalhadores cargas permanentes de mais pressão (p. 875).

Outro aspecto importante salientado pelas pesquisadoras Sato e Bernardo é a transformação do que era um direito, trabalhar sob a regulamentação da CLT ou sob o regime dos servidores públicos, em privilégio: “aquele que tem a ‘carteira de trabalho’ assinada é um privilegiado” (p. 876). Apontam ainda como consequência do enfraquecimento na mobilização dos trabalhadores, desde o avanço das políticas neoliberais na década de 1990, não ter outra opção que a

17 JARDIM, Silvia. Depressão e trabalho: ruptura de laço social. In: *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. São Paulo, 36(123): 84-92, 2011.

18 SATO, Leny; BERNARDO, Márcia Hespagnol. Saúde mental e trabalho: os problemas que persistem. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, 10(4): 869-878, 2005.

submissão a tais condições de trabalho apesar de ter condições de reconhecer as situações de risco para a saúde.

Dentro do mesmo tema, o psicanalista francês Charles Melman¹⁹, a partir da sua prática, diz:

“Mas se o valor está do lado do escravo, inclusive o saber, o mestre tem algum valor? Há vários tipos de mestre. (...) O mestre capitalista é muito diferente, ele zomba da dignidade humana, ele não precisa mais dela para ser um mestre, basta-lhe ter acumulado todos esses objetos que constituem o capital. Por que é que o escravo lhe obedece? Porque ele precisa viver! Eu insisto aí também, que escolha? O que é que ele pode inventar?” (p. 361)

Sato e Bernardo concluem que o contexto atual no campo da Saúde Mental e Trabalho congrega duas tendências opostas: de um lado, a existência de conhecimentos acumulados sobre o tema, e, do outro, a hipertrofia do discurso da culpabilização da vítima, ou seja, o trabalhador enquanto indivíduo arcando com todas os custos e todas as perdas envolvidas no laço produtivo, inclusive quando adocece, se acidenta ou não consegue ou perde o emprego.

Concordaria, então, com Castel (p. 96), que aponta essa homologia de posições entre os supranumerários da segunda metade do século XIV e os de hoje: a obrigação moral, social, econômica ao trabalho e a escassez desse bem enquanto espaço, enquanto lugar de produção de valor. É como se tivéssemos andado para trás na história, e ressaltando a reconversão do “direito ao trabalho” novamente em pura obrigação, e, portanto, uma forma assalariada de servidão para aqueles que, como define Ricardo Antunes, são a “classe-que-vive-do-trabalho”²⁰, a maior e gigantesca classe de bilhões de pessoas que habita o planeta.

A CENTRALIDADE DO TRABALHO NA ECONOMIA E NA PSICANÁLISE

Se para a Saúde do Trabalhador, conforme vimos com Lacaz, e para a Saúde Mental e Trabalho, conforme vimos com Seligmann-Silva, o trabalho é uma categoria central para o estudo da determinação sócio-histórica do adoecimento, cabe retomar como o trabalho pode ser central na economia psíquica a ponto de estar associado à nossa saúde e à nossa doença, ao nosso bem-estar e à nossa desgraça.

19 MELMAN, Charles. O público e o privado (Conferência proferida na Universidade de Bogotá, em 21 de fevereiro de 2002). In: *Para introduzir à psicanálise nos dias de hoje*. Porto Alegre: CMC, 2009.

20 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

DOCTRINA

Em seu Seminário nos anos de 1968 a 1969, intitulado “De um Outro ao outro”, Jacques Lacan²¹ afirma que foi necessária a absolutização do mercado, chegando a englobar o próprio trabalho como mercadoria para que a *mais-valia* aparecesse no discurso como esse trabalho não remunerado, embora pago de acordo com a consistência do mercado. Ou seja, a mesma economia que produz a mercadoria, o capital e o trabalho como mercadoria.

Para a psicanálise com Lacan há uma homologia entre o campo da economia do modo de produção e o campo da economia psíquica. Fernanda Costa-Moura e Francisco Leonel Fernandes²² citam Karl Marx para definir a realidade do valor de uma mercadoria: “Vire-se, revire-se, à vontade, uma mercadoria: a coisa valor se mantém imperceptível aos sentidos” (p. 3). Baseando-se em Marx, Freud e Lacan analisam que uma vez que qualquer apetite humano ou qualquer carência humana, seja de que ordem for, implica imediatamente um laço com outros homens, o valor das mercadorias é apenas social. Assim, segundo os autores, Marx definiu o capital como uma relação social e Lacan chama a isso “laço social”: “A mais-valia é simultaneamente o que o capitalismo produz e o que o move, o que o causa, como diz Lacan” (p. 57). A nossa economia psíquica também é alicerçada na produção de uma *mais-valia*, de uma perda não remunerada que nos impulsiona para a busca de um objeto perdido. Hoje em dia, vivemos numa economia de excessos: consumimos e acumulamos e queremos sempre mais.

Ainda, segundo Costa-Moura e Fernandes: “No capitalismo, vários fatores (entre os quais o avanço tecnológico se destaca como o mais evidente) ancoram, no progresso do consumo, uma promessa de infinitude de gozo que aboliria o sujeito e as injunções que lhe dão lugar. Enlaçado à dialética aparente entre oferta e demanda que traz no horizonte a promessa de um gozo sem limites, o capitalismo não admite outro entrave à função de troca, a não ser a posse de um bem. Esta é a promessa do consumo: um gozo que só se detém diante do preço” (p. 68).

Então, a acumulação desses objetos, na sua forma de capital ou de coleções mais ou menos descartáveis, prepondera em importância à própria troca social que as sustenta. Os sujeitos, na qualidade de trabalhadores, mesmo que motores da produção, tornam-se, muitas vezes, absolutamente descartáveis, como vemos nos processos de enxugamento das empresas, reengenharia da or-

21 LACAN, Jacques. *O Seminário, livro 16: de um Outro ao outro* (1968-69). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

22 COSTA-MOURA, Fernanda; FERNANDES, Francisco Leonel. A psicanálise existe? Considerações sobre o materialismo da psicanálise. In: LO BIANCO, Anna Carolina (Org.). *A materialidade da psicanálise*, (49-77). Rio de Janeiro: Contra Capa, 2011.

ganização do trabalho e nas terceirizações. E se a centralidade do trabalho tanto na economia política de Marx quanto na psicanálise de Freud e Lacan dá conta de como nos constituímos como mercadorias e consumidores de mercadorias, alimentando o acúmulo de *mais-valia*, não nos garante o limite do processo.

Segundo Costa-Moura e Fernandes: “O empenho de Lacan para levar em consideração os aspectos envolvidos na produção incessante do gozo – empenho no qual o ‘retorno a Marx’ tem papel proeminente – abre a via para que *o gozo* seja considerado não apenas um problema psicológico, individual, patológico, como também uma variável interna ao processo econômico” (p. 70-71, grifos adicionados).

“UM LIMITE E NÃO UMA LIBERDADE”²³: RESPONSABILIDADE SOCIAL?

A questão do excesso de resíduos aliados à produção e ao consumo indiscriminado de mercadorias, ameaçando a própria sobrevivência do planeta no que se refere à chamada Natureza, fica cada vez mais evidente e começa a ser enfrentada com políticas de gestão ambiental que responsabilizam o fabricante/importador e os gestores no sentido de arcar com o ônus dos danos ao meio ambiente. Por sua vez, a responsabilização das empresas, no sentido de arcar com o ônus da precarização da “classe-que-vive-do-trabalho”, não está tão na ordem do dia.

Nas palavras de Ricardo Antunes: “Os bolsões de pobreza no coração do ‘Primeiro Mundo’, as explosivas taxas de desemprego estrutural, a eliminação de inúmeras profissões no interior do mundo do trabalho em decorrência do incremento tecnológico voltado centralmente para a criação de valores de troca, as formas intensificadas de precarização do trabalho são apenas alguns dos exemplos mais gritantes das barreiras que obstam, sob o capitalismo, a busca de uma vida cheia de sentido para o ser que trabalha. Isso para não falar do Terceiro Mundo, onde se encontram 2/3 da força humana que trabalha em condições ainda muito mais precarizadas” (p. 193).

Se as imagens da bela Natureza devastada pela poluição, pelo desmatamento e pelos vazamentos de óleo nos mares rendem tocantes documentários, a devastação empreendida pela desconversão social e o desgaste das classes trabalhadoras é menos evidente a olho nu. Não por acaso, como foi discutido

23 Expressão usada por Fernanda Costa-Moura e Francisco Leonel Fernandes (*Idem*: 72) ao defenderem a proposição da psicanálise como a da injunção posta para o sujeito a tomar lugar na matéria significante de que ele é dependente.

acima, posto que somos constituídos e dependentes do lugar que a economia nos reserva. Talvez até porque nos toque mais de perto ainda: não se trata de aves indefesas, mas de homens, mulheres e crianças como todos nós.

Nesse aspecto também é mais difícil responsabilizar os “fabricantes”. A ponta do laço social formalizada como capital é acéfala, anônima e cada vez mais terceira. Como chamá-lo pelo nome? Como responsabilizá-lo pela sua parte alienada e perdida nesse ônus?

Um extrato de relatório médico-psiquiátrico, assinado por mim, de um paciente atendido há oito anos pela equipe do Polo de Atenção à Saúde Mental dos Trabalhadores no Instituto de Psiquiatria – IPUB da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, talvez auxilie a situar, a partir da clínica, o desgaste de que se trata.

“O paciente acima identificado encontra-se em tratamento neste serviço desde setembro de 2004 com quadro caracterizado por humor triste, falta de prazer nas atividades, fadiga importante, falta de concentração, angústia, ansiedade, sintomas somáticos (tonteiras, falta de ar, dor no peito e especialmente dores no corpo, perda de apetite e de peso e insônia. Há forte associação temporal do início do quadro depressivo grave com profundas alterações no ambiente de trabalho a partir de 1998 (*houve a compra do banco onde trabalhava por outro banco*), especialmente a sobrecarga e más condições organizacionais para o cumprimento das tarefas, ameaça de perda de emprego e desacordo com colegas e chefias, levando a reações de distanciamento/evitação de questões relativas ao trabalho, cansaço importante, incapacidade de realizar atividades laborativas e sentimentos profundos de perda de realização pessoal e profissional, chegando na época a ficar agressivo e ameaçador para com outras pessoas e com ideias autoagressivas.

Contrastando com uma história de trabalho iniciada aos 12 anos de idade com várias ocupações, passando por uma ano de serviço militar e início de trabalho formal aos 20 anos de idade na empresa bancária à qual de certa forma ainda está ligado, pois não foi demitido, tendo nela trabalhado por 19 anos de forma extremamente dedicada, há o quadro atual como sequela de grave quadro mental de evolução crônica.

Conforme suas palavras há um mês: ‘Quando vim para cá eu estava morto, pensava em acabar com a minha vida, saía pela rua, tinha apagões, ficava agressivo. Vim parar aqui por causa disso, queria morrer e achava que ia morrer, ficava agressivo, tremia, tinha enjoo (...) muita

DOUTRINA

dor de cabeça, pesadelos. Não conseguia rir, só chorar, não dormia nem de dia nem de noite. Tinha que ficar de luz acesa porque achava que estava sem respiração’.

Permanecem como queixas atuais o desânimo, a irritabilidade, as dores e o ‘medo de sair do ar’. Desenvolveu hipertensão arterial sistêmica (aos 39 anos) quando ainda estava trabalhando e quadro grave de LER/DORT. Atualmente está com indicação cirúrgica para o ombro. Segue também acompanhamento clínico-cardiológico.

Ao longo destes anos, além do uso de medicações antidepressivas e ansiolíticas, esteve em psicoterapia individual no mesmo serviço. Há um ano segue semanalmente em uma oficina de arte-terapia, o que tem ajudado a melhorar a qualidade de vida do paciente.

Passados 8 anos de tratamento, o aspecto do quadro psíquico que mais chama a atenção, além dos sintomas crônicos descritos acima, é um apagamento, um quadro defectivo e de sequelas psíquicas e físicas.” (grifos adicionados)

O nosso paciente segue pagando com seu trabalho no tratamento pela recuperação de sua vida. Qualquer quantia que possa ser cobrada ao banco por esse ônus, que é do sujeito, não paga este a vida ou a saúde. A partir de toda a discussão empreendida acima, entretanto, a dívida do capital, da organização do trabalho, da empresa, da própria organização social, do Estado também, não deve deixar de ser imputada e cobrada. Não tanto como programa moral, mas como insígnia de limite ao gozo que, se acossa todos nós, depende da submissão à barra simbólica da lei, como lei da linguagem, a mesma que faz laço social – que nos põe para trabalhar, que alimenta nossos ideais –, para se ter (o gozo) limitado. Aí está a ética em questão no trabalho que se quer livre, porém, para todos, como a lei, que deve valer, e só vale, se for para todos.

AS REPERCUSSÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO: AVANÇO OU RETROCESSO?

Suzy Elizabeth Cavalcante Koury*

1 – INTRODUÇÃO

A comunidade jurídica ainda se esforçava para acompanhar as diversas alterações procedidas na Lei nº 5.869, de 1973, que dispõe sobre o Código de Processo Civil, quando foi surpreendida com o projeto de Código de Processo Civil, formulado por uma comissão de juristas, presidida pelo atual Ministro do STF, Luiz Fux, propondo uma reformulação geral da lei processual.

Trata-se do Projeto de Lei nº 8.046/2010, oriundo do Senado Federal e já aprovado nessa Casa Legislativa, tendo sido recebido na Câmara dos Deputados em 22.12.2010, onde será relatado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro, que, além de ter aberto prazo para emendas, pediu fosse nomeada uma Comissão Especial de juristas para auxiliar nos trabalhos.

Foram apresentadas 900 (novecentas) emendas e o Deputado Federal Paulo Teixeira, relator geral da Comissão Especial, requereu a realização de encontros de trabalho, abertos aos membros da Comissão, com especialistas em Direito Processual Civil, os quais foram designados para os dias 2, 3, 9 e 10 de agosto de 2012.

A tradição personalista de nosso Direito fez com que o Código de Processo Civil de 1939 ficasse conhecido como Código Francisco Campos¹, e o de 1973, como Código Buzaid, os dois nominados em honras de seus princi-

* Desembargadora Federal do Trabalho da 8ª Região; doutora em Direito pela UFMG; professora do Centro Universitário do Pará – CESUPA.

1 O Código de 1939 teve por fundamento o trabalho apresentado pelo advogado Pedro Batista Martins, revisto pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, bem como por Guilherme Estellita e Abgar Renault, tendo sido promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18.09.1939, durante a Presidência de Getúlio Vargas.

pais idealizadores, tradição a que não foge o atual projeto, já conhecido como Código Fux.

O presente trabalho tem como proposta analisar as principais alterações, já aprovadas pelo Senado, e verificar sua aplicabilidade ao Direito Processual do Trabalho, além de avaliar se há avanço ou retrocesso e, mais, se o novo diploma proposto vai atender aos reclamos dos processualistas pátrios, no sentido de ser garantida a efetividade das decisões judiciais, a fim de melhorar as péssimas estatísticas que apontam que o Poder Judiciário deixou de solucionar, no ano de 2010, 70% dos processos a ele submetidos².

Para tanto, serão abordados os motivos que conduziram à autonomia do Direito Processual do Trabalho, como e por quais razões ela vem sendo relativizada, para aplicarem-se normas do Código de Processo Civil, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.437/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), por exemplo.

Proceder-se-á à análise da integração dos sistemas processuais na atualidade, destacando sua contribuição à busca de maior celeridade na prestação jurisdicional.

Por fim, serão estudadas as mudanças propostas no Projeto do Código de Processo Civil, mormente as que serão aplicáveis ao processo do trabalho, em observância ao disposto no art. 769 da CLT, procurando-se, em relação às principais delas, apontar possíveis avanços, retrocessos e lacunas não supridas.

Faz-se ver que se trata de um estudo preliminar, até porque o projeto está submetido à Câmara dos Deputados, mas nos parece que esse é o momento para observações e eventuais críticas, visando, se formos bem sucedidos, a contribuir, de alguma forma, para a discussão do tema.

2 – A AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO: FINALIDADE

A institucionalização do Direito do Trabalho em nosso ordenamento jurídico foi efetivada em um período político centralizador e autoritário, que se estendeu de 1930 a 1945, e que teve, como ápice, a sua estruturação em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Lei nº 5.452, de 01.05.1943), que reuniu, alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, tanto material quanto adjetiva.

2 Justiça em números. Fonte: CNJ.

DOCTRINA

No campo do Direito Comum, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que era inspirado pelos princípios da oralidade, da concentração dos atos e da identidade física do juiz, mas que tinha grande influência positivista.

A CLT, sendo diploma especial, e tendo criado um microsistema jurídico, contemplou regras processuais diversas das aplicáveis no processo comum, com o precípuo objetivo de simplificar e tornar mais eficiente o processo trabalhista, bem como de fazer vigorar, também no Direito Processual do Trabalho³, o caráter tutelar do Direito Material do Trabalho, tendo sido o primeiro diploma legal a aproximar-se da moderna teoria da instrumentalidade do processo, como já salientou Ada Pellegrini Grinover⁴, que, ao escrever sobre o processo do trabalho e o processo comum, destacou, *verbis*:

“(...) a instrumentalidade do processo que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material e tem como escopo a atuação da norma objetiva e a viabilização da tutela do direito violado ou ameaçado. O processo, o procedimento e seus princípios tomam feição distinta, conforme o direito material que se visa proteger.”

De igual sorte, ensina Didier que há uma relação circular entre o Direito material e o processual, de tal sorte que a separação que se faz entre direito e processo “não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob sua tutela”⁵.

À época da promulgação da CLT, houve grande discussão acerca da autonomia do Direito Processual do Trabalho em relação ao Direito Processual Civil, sustentando os monistas que o primeiro seria simples desdobramento do segundo, no que eram contestados pelos dualistas, que afirmavam a autonomia do Direito Processual do Trabalho, por dispor de legislação própria, princípios e regras peculiares, institutos próprios, juízos especializados e autonomia didática⁶.

Em que pese a defesa da autonomia pela maior parte da doutrina, todos concordam que o legislador celetista criou um sistema aberto, na medida em que possibilitou, aplicando o princípio da subsidiariedade, consagrado nos

3 Cita o autor, como exemplos, a gratuidade do processo para os empregados, a inversão do ônus da prova através de presunções e o impulso processual *ex officio*, pois o empregador raramente é o réu. Cf. GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 106.

4 Apud GIGLIO, *op. cit.*, p.105.

5 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil e processo de conhecimento. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 25.

6 Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 89-91.

arts. 769 e 889 da CLT, a aplicação, nos casos omissos, do direito processual comum, exceto naquilo em que fosse incompatível com as normas processuais trabalhistas.

A previsão contida no art. 769 da CLT foi chamada pela doutrina de “cláusula de contenção das normas do processo civil”, funcionando tal qual uma “válvula”, que, em cada caso concreto, pode ser mantida hermeticamente fechada ou ser aberta pelo intérprete ou pelo julgador.

Desse modo, quando estava em vigor o Código de Processo Civil de 1939, não havia aplicação subsidiária do CPC dada a clara incompatibilidade com as normas previstas na CLT.

O Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), apesar de ter emprestado uma melhor sistematização às regras processuais e garantido autonomia científica ao Processo Civil, enaltecia o conceitualismo e o formalismo, consagrando um processo moroso e paternalista com o devedor, paternalismo esse que era externado pela maior preocupação com tutelas protetivas ao patrimônio do devedor e com custos altos para o autor, razão pela qual se manteve firmemente fechada a “válvula de contenção”.

Com as reformas da legislação processual, levadas a efeito, principalmente pelas Leis ns. 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06 e 11.382/06, dentre outras, a situação foi modificada, passando o processo civil comum a trazer uma série de disposições que permitiram alcançar maior efetividade na prestação jurisdicional e reduzir a duração do processo.

Por assim ser, e com fundamento no art. 769 da CLT, impôs-se a aplicação dos dispositivos que potencializaram o alcance do fim maior, ditado pela Constituição de 1988, de garantir aos litigantes a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVII), e que, o próprio legislador processual trabalhista, de muito, fez constar no art. 765 da CLT, quando afirmou que o juiz deve velar pelo rápido andamento das causas.

Nesse sentido, ensina Souto Maior⁷:

“Ora, se o princípio é o da melhoria contínua da prestação jurisdicional, não se pode utilizar o argumento de que há previsão a respeito na CLT, como forma de rechaçar algum avanço que tenha havido nesse sentido no processo comum, sob pena de se negar a própria intenção do legislador ao fixar os critérios de aplicação subsidiária do processo civil.

7 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista LTr*. São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006, p. 920-930, p. 920-921.

Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir que a irrefletida e irrestrita aplicação das normas do processo civil evitasse a maior efetividade da prestação jurisdicional trabalhista que se buscava com a criação de um procedimento próprio na CLT (mais célere, mais simples, mais acessível). Trata-se, portanto, de uma regra de proteção, que se justifica historicamente. Não se pode, por óbvio, usar a regra de proteção do sistema como óbice ao seu avanço. Do contrário, pode-se ter um processo civil mais efetivo que o processo do trabalho, o que é inconcebível, já que o crédito trabalhista merece tratamento privilegiado no ordenamento jurídico como um todo.

Em suma, quando há alguma alteração no processo civil o seu reflexo na esfera trabalhista só pode ser benéfico, tanto sob o prisma do processo do trabalho quanto do direito do trabalho, dado o caráter instrumental da ciência processual.”

Não se diga que a ideia acima exposta conduziria à insegurança jurídica, pois o preenchimento de lacunas pelo recurso às regras do processo civil deve ser sempre pautado pelos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, mormente os da efetividade, da celeridade e da simplicidade, de tal sorte que se observe a recomendação de Karl Larenz, no sentido de que o juiz pode decidir, até mesmo, em desacordo com uma norma específica, desde que o faça em consonância com os princípios que regem o ordenamento jurídico, ou seja, “*extra legem*, mas *intra jus*”⁸.

Deve-se, portanto, à luz do Projeto de Código de Processo Civil, perquirir se, com a sua reformulação, vai continuar se apresentando mais dinâmico e efetivo do que o laboral, situação que ocorreu com as reformulações ocorridas no final do século XX.

3 – AS LACUNAS E SUA COLMATAÇÃO: A MÁXIMA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Uma vez assentada a possibilidade de aplicação ampla ao processo do trabalho das novas normas do processo civil, desde que proporcionem o atendimento dos princípios da máxima efetividade da prestação da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo, emprestando, em consequência, maior efetividade às decisões, faz-se necessário examinar, à luz das diversas teorias,

8 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkin, 1978. p. 468.

como colmatar as lacunas⁹ encontradas pelo intérprete, dentro da chamada integração do ordenamento jurídico.

Segundo Bobbio¹⁰, que utiliza a terminologia proposta por Carnelutti, há dois métodos para completar um ordenamento jurídico, a saber: a heterointegração e a autointegração.

A heterointegração é operada através do recurso a ordenamentos jurídicos diversos, bem como do recurso a fontes diversas daquela que é dominante, a qual é identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, com a lei. A autointegração, por sua vez, é cumprida através do mesmo ordenamento jurídico, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo de recursos a fontes diversas da dominante, apoiando-se, particularmente, na analogia e nos princípios gerais do direito.

Note-se que, nos sistemas jurídicos continentais, como o brasileiro, prevalece a autointegração, pois o recurso aos costumes, ao poder criativo dos juízes e à opinião dos juristas, próprios da heterointegração, é mais adequado aos sistemas da *common law*.

Partindo-se dessa classificação, pode-se afirmar que o escopo do presente estudo é a autointegração dos processos do trabalho e civil comum, quanto às mudanças propostas pelo Projeto de Código de Processo Civil, no que diz respeito ao suprimento de lacunas existentes no primeiro, o que é autorizado pelos arts. 769 e 889 da CLT

Diversos doutrinadores estudaram as chamadas lacunas, conceituando-as e classificando-as de diferentes formas¹¹.

Comparando-se as classificações ofertadas por Norberto Bobbio, Karl Engisch e Maria Helena Diniz, pode-se afirmar que todos consideram que, além das lacunas normativas, há o que o primeiro chama de lacunas ideológicas ou objetivas, o segundo, de lacunas secundárias e, a última, de lacunas ontológicas e axiológicas.

9 Destaca-se que se está tratando das lacunas no que diz respeito à completude ou incompletude do ordenamento jurídico, e não do que Hart denomina de “problemas de penumbra”, que correspondem às lacunas de conhecimento e de reconhecimento, consoante Maria Helena Diniz Cf. *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 424-429.

10 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 146

11 Para um amplo estudo das diversas classificações, Cf. CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52-96.

DOCTRINA

As lacunas objetivas ou ideológicas são, consoante Bobbio¹², aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, de todas aquelas causas que provocam o envelhecimento dos textos legislativos, independentemente da vontade do legislador. Corresponderiam, segundo ele, na “oposição entre aquilo que a Lei diz e aquilo que deveria dizer para ser perfeitamente adequada ao espírito de todo o sistema”¹³.

Engisch¹⁴ explica as lacunas secundárias como lacunas do Direito vigente, decorrentes da mudança das concepções da vida, sendo manifestadas de forma superveniente à elaboração da norma, em virtude da modificação das circunstâncias e dos valores relativos ao seu objeto.

Preferimos utilizar, neste estudo, a classificação de Maria Helena Diniz¹⁵, por considerá-la mais didática e pelo fato de ser baseada na tríplice dimensão do sistema jurídico (normas, fatos e valores), assim enunciada:

a) *lacunas normativas*: ocorrem quando há a ausência de norma sobre determinado assunto;

b) *lacunas ontológicas*: ocorrem quando existe a norma positiva a regular a situação ou caso concreto, mas ela não mais corresponde aos fatos sociais e ao progresso técnico, que produziram o seu envelhecimento ou ancilose;

c) *lacunas axiológicas*: ocorrem quando existe um dispositivo legal aplicável ao caso, mas que, se aplicado, produziria uma solução insatisfatória ou injusta.

A colmatação, tanto das lacunas ontológicas como das axiológicas, deve sempre partir da busca da maior efetividade da prestação jurisdicional, pautada na garantia constitucional da razoável duração do processo e nos valores que informam os direitos material e processual do trabalho, o que, como ensina Bezerra Leite, pressupõe “(...) a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva desse processo especializado”¹⁶.

12 Cf. *Op. cit.*, p. 139-145.

13 Id. *ibid.*, p. 145.

14 Apud CHAVES, *op. cit.*, p. 66-68.

15 *Op. cit.*, p. 426-429.

16 *Op. cit.*, p. 99-100.

Portanto, não se pode interpretar o art. 769 da CLT¹⁷ como possibilitador da colmatação apenas das lacunas normativas, mas sim de toda e qualquer lacuna, quer seja ontológica, quer seja axiológica, parecendo-nos ser essa a análise que devemos realizar para responder se uma norma processual comum se aplica ou não ao processo do trabalho, não perdendo de vista a questão colocada, de forma simples, mas eficaz, por Souto Maior¹⁸:

“Dito em outras palavras, mais claras e diretas: quando alguém diz que foram formuladas mudanças no Código de Processo Civil, o processualista trabalhista deve indagar: – alguma das inovações traz benefícios à efetividade do processo do trabalho, para fins de melhor fazer valer os direitos trabalhistas? Se a resposta for negativa, ou até o contrário, que representa uma formalidade capaz de gerar algum óbice a esse propósito, deve-se concluir sem medo de estar errado: – então, não é preciso nem dizer quais foram as tais alterações.”

Essa é a pergunta que buscaremos responder na análise de algumas das novas disposições do CPC e de sua aplicabilidade ao processo do trabalho.

4 – AS LACUNAS ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS E O CPC DE 1973

Ultrapassada a ideia de que se deve manter, a qualquer custo, a prevalência da norma processual trabalhista perante a norma processual civil, para passar-se a buscar, sempre, a aplicação daquela que, no caso concreto, promovava uma prestação jurisdicional mais célere, o que se coaduna com o caráter instrumental do processo, faz-se necessário, como ensina Wolney Cordeiro¹⁹, manter a identidade do processo laboral, recorrendo aos princípios próprios e específicos do Direito do Trabalho para tanto:

“Esses princípios próprios e específicos servem como anteparo ideológico para a efetivação da aplicação das normas de processo comum. Essas características basilares, portanto, devem ser identificadas

17 O Projeto de Lei nº 7.152/06, do então Deputado Antônio Fleury, arquivado pela Mesa da Câmara em 19.02.08, previa a criação de um parágrafo único ao art. 769, nos seguintes termos: “O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário”.

18 *Op. cit.*, p. 921.

19 CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 26-51, p. 40. Destaca ele como principais características do processo do trabalho: a postura inquisitorial do juiz, o regime das despesas processuais, a concentração dos atos do processo em audiência e o sistema recursal próprio.

a fim de que os processos de aplicação subsidiária preservem a essência autônoma do processo trabalhista. Notem que a autonomia atribuída a esse ramo da processualística praticamente se exaure no seu aspecto protecionista, todavia, é suficiente para edificar uma estrutura própria e inconfundível com o processo civil.”

Note-se que o Enunciado nº 66 da 1ª Jornada de Direito Material/Processual do Trabalho, realizada em conjunto pela ENAMAT, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), e com o apoio do Conselho de Escolas de Magistratura Trabalhista (CONEMATRA), de 21 a 23 de novembro de 2007, na sede do TST, é exatamente nesse sentido:

“APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.”

Faz-se importante destacar, à luz das mudanças do atual Código de Processo Civil acima referidas, que o colendo Tribunal Superior do Trabalho tem prestigiado a tese de que há possibilidade de suprir, também, lacunas ontológicas e axiológicas, e não somente as normativas²⁰, como uma interpretação restritiva do princípio da subsidiariedade poderia indicar.

Com efeito, o c. TST, no inciso IX da Instrução Normativa nº 16, estabeleceu a possibilidade de a parte declarar autênticas as peças juntadas ao agravo de instrumento, tendo deixado de aplicar o art. 830 da CLT, nos exatos termos do § 2º do art. 544 do CPC e, em consequência, suprimindo lacuna ontológica, na medida em que a prática confere celeridade ao processo.

De igual sorte, a nova redação da Súmula nº 330 do c. TST, que aplica de forma direta o art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC, em detrimento da regra especial, prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 779/69, quanto à remessa *ex officio* das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, importa o suprimimento de lacuna

20 Para um amplo estudo das alterações do CPC de 1973 e suas repercussões no processo do trabalho, cf. COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Reflexos da Reforma do CPC no Processo do Trabalho*: leitura constitucional do princípio da subsidiariedade. São Paulo: Método, 2007.

ontológica, na medida em que, nos tempos atuais, em que a Fazenda Pública tem órgãos de defesa estruturados, não há porque submeter-se toda e qualquer decisão ao segundo grau de jurisdição, ainda que não tenha havido recurso. Restou suprida, assim, lacuna ontológica.

Como ensina Luciano Athayde Chaves²¹, também quanto à necessidade de ser tomado o termo de compromisso do perito, consoante o art. 827 da CLT, os tribunais trabalhistas têm aplicado o art. 422 do CPC, que o dispensa, o que constitui suprimento de lacuna axiológica, na medida em que vai ao encontro da celeridade que é própria do processo do trabalho.

Note-se, também, que tem prevalecido, no c. TST, o entendimento de que a hipoteca judiciária²², prevista no art. 466 do CPC atual, pode ser aplicada ao processo do trabalho, inclusive de ofício, não conflitando com o disposto no art. 899 da CLT, pois é salutar efeito das decisões condenatórias ao pagamento de prestação em dinheiro ou em coisa, garantindo a efetivação do direito reconhecido à parte, fim maior do processo do trabalho.

Deve-se ressaltar que, em que pese os exemplos acima mencionados, no caso do art. 475-J do CPC, o c. TST, através de sua SDI-I²³, por maioria, entendeu pela sua inaplicabilidade ao processo do trabalho por 3 razões principais, a saber: 1^a) há normas específicas no processo do trabalho, nas quais não há previsão de multa para a hipótese do executado não pagar a dívida ao receber a conta líquida; 2^a) o art. 769 da CLT só permite a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil se o processo se encontrar na fase de conhecimento e se presentes a omissão e a compatibilidade; e 3^a) porque, na

21 Cf. *Op. cit.*, p. 72.

22 “HIPOTECA JUDICIÁRIA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. O entendimento desta Corte é no sentido de que a hipoteca judiciária é perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT, diante da ausência de incompatibilidade com as normas da legislação trabalhista. De outra parte, o art. 466 do CPC atribui à sentença condenatória a característica de título constitutivo de hipoteca judiciária, além do que visa garantir a eficácia de uma futura execução, com vistas a evitar que a deterioração do patrimônio do devedor cause inviabilidade de recebimento do crédito pelo autor. No processo do trabalho, tal medida também se justifica, tendo em vista a natureza alimentar dos créditos deferidos. Assim, nos termos do art. 466 do CPC, a hipoteca judiciária é efeito da sentença condenatória, razão pela qual pode ser concedida – *ex officio* – pelo Juiz, ainda que não haja pedido nesse sentido. Incidência do óbice da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho” (Processo nº TST-RR-162500-63.2009.5.03.0042, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 27.06.2012).

23 Processo TST-E-RR-38300-47.2005.5.01.0052, publicado em 17.06.2011. In: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>>. Acesso em: 19 jul. 2012

fase de execução, deve haver a aplicação subsidiária da Lei nº 6.830/80, que disciplina os executivos fiscais, consoante o art. 889 da CLT²⁴.

Assim, pode-se concluir, que, de um modo geral, o c. TST tem entendido pela possibilidade de suprimento não só de lacunas normativas como também de lacunas ontológicas e axiológicas do processo laboral pelo recurso ao processo civil comum, com fundamento no art. 769 da CLT, passando-se, então, a analisar se, aprovado o Projeto de Código Civil, deverão a jurisprudência e a doutrina, em face das principais inovações, manter fechada a “válvula de contenção” ou a abrir, sempre se tendo em mente a advertência de Bebber²⁵, que, lembrando a razão para a qual foram criadas, a saber, impedir que regras processuais comuns e especiais ingressassem no processo do trabalho, sobrepondo-se a ele, que era muito melhor, afirma:

“As regras de contenção (CLT, arts. 769 e 889) devem, por isso, ser aplicadas com o mesmo espírito justificador de suas existências. Ou seja: deve-se impedir que as regras processuais comuns e especiais da execução fiscal ingressem no processo do trabalho sobrepondo-se a este somente quando se mostrarem retrógradas e deficitárias.”

É com esse viés que se passará à análise dos possíveis reflexos da aprovação do Projeto de Código de Processo Civil no processo do trabalho.

5 – O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS POSSÍVEIS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO: AVANÇO OU RETROCESSO?

A Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Civil deixa claro que se busca um processo mais célere, justo e menos complexo, o que, em tese, levaria o intérprete a considerar, como premissa, que as alterações surgidas deveriam ser aplicadas ao processo do trabalho.

Todavia, não é isso que se verifica em grande parte dos dispositivos que constam do Projeto aprovado pelo Senado.

24 Poder-se-ia objetar que a CLT não tratou especificamente da matéria, de tal sorte que haveria lacuna normativa, bem como que o c. TST aplica outras multas do CPC, como a multa por embargos declaratórios procrastinatórios, como já entendeu, por maioria, a c. 1ª Turma do TST (Processo nº TST-RR-135800-87.2006.5.13.0006, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello), acrescentando-se o argumento da perfeita compatibilidade com os princípios do direito processual laboral, decisão essa que foi reformada pela SDI-1.

25 BEBBER, Júlio César. *Cumprimento da sentença no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 20.

Com efeito, em relação à maior parte das disposições novas, assim entendidas aquelas que não se encontram albergadas pelo CPC de 1973, devem ser mantidas firmes as contenções dos arts. 769 e 889 da CLT, sob pena de grave retrocesso no processo do trabalho.

Cite-se, por primeiro, a disposição contida no art. 10 do Projeto, que prestigia o que a doutrina nomina de contraditório material, a saber:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha de decidir de ofício.”

O dispositivo proposto vai de encontro ao objetivo de celeridade, destacado na Exposição de Motivos, na medida em que, ignorando o brocardo “dá-me o fato, que te darei o direito”, impõe ao juiz, ainda quando, por exemplo, constate nulidade absoluta, a prévia oitiva das partes para que a declare. Não há qualquer possibilidade de sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho, na medida em que violaria os princípios da informalidade, da concentração e da celeridade, que informam esse ramo do direito.

O mesmo se aplica ao art. 76 do Projeto, segundo o qual, verificada irregularidade de representação das partes, o juiz deverá suspender o processo, marcando prazo razoável para que seja sanado o defeito, o que impõe a aplicação da cláusula de contenção.

O Projeto trata, ainda, do procedimento para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos arts. 77 a 79, em relação ao qual há lacuna normativa no processo do trabalho, mas apenas parcial, na medida em que o § 2º do art. 2º da CLT já prevê a hipótese de responsabilização solidária da empresa principal e de cada uma das demais integrantes do grupo econômico, o que dispensa, por si só, a necessidade de instauração do incidente nessas hipóteses.

A criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica também contradiz o objetivo de celeridade, pois há previsão de prazo comum de 15 dias, para defesa e requerimento de provas, após o que será instruído o incidente e proferida decisão interlocutória.

Mais uma vez, ressalta-se que a aplicação do incidente não se adéqua ao processo do trabalho, na medida em que contraria os princípios da concentração dos atos e da celeridade, além de possibilitar a interposição de mandado de segurança em relação à decisão interlocutória proferida, vez que descabe agravo de instrumento para esse fim no processo laboral, posição essa que, registro, não

será pacífica na doutrina e na jurisprudência e em muito prejudicará a execução das decisões, com a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Apesar de o novo Código não tratar do processo coletivo, o que representa falha substancial, na medida em que se tem aplicado as regras do Código de Defesa do Consumidor para o regular, o projeto emite sinais contrários à coletivização das demandas, como se verifica, por exemplo, no parágrafo único do art. 18, segundo o qual, havendo substituição processual, o juiz determinará que seja dada ciência ao substituído que, se nele intervir, fará cessar a substituição, o que a transforma em representação processual. Cite-se, ainda, a previsão de limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes (§§ 1º, 2º e 3º do art. 112).

No art. 120 do Projeto, foi criada restrição ao juiz para proferir decisão com fundamento na equidade, o que não é aplicável ao processo do trabalho, que tem disposição própria a respeito (art. 8º da CLT).

De igual sorte, o art. 186 do Projeto, que determina que, na contagem do prazo em dias, sejam observados apenas os úteis, não se aplicará ao processo do trabalho, haja vista a existência de disposição expressa a esse respeito na CLT (art. 775).

O art. 291 do Projeto estabelece que, antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, o que também não se coaduna com os princípios da concentração dos atos e da celeridade, que informam o processo do trabalho.

No inciso II do art. 304, o Projeto possibilita que o autor, até o saneamento do processo, que sequer ocorre no processo do trabalho e, portanto, após a contestação, com o consentimento do réu, adite ou altere o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório, abrindo-se novo prazo ao réu para contestar e facultando-se o requerimento de prova complementar, o que também não se adéqua ao processo do trabalho por ferir os princípios da concentração, do informalismo e da celeridade.

O Título II do Projeto, que compreende os arts. 500 a 523, representa substancial retrocesso, na medida em que desprestigia o que Dinamarco²⁶ nomina de sincretismo processual, segundo o qual, às sentenças de mérito, segue-se a execução, independentemente de novo processo, o que tinha sido introduzido pelas reformas do CPC de 1973.

26 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 138-9.

Com efeito, retoma o Projeto a ideia de execução como fase autônoma, como evidencia o disposto no art. 510, que trata dos requisitos da petição inicial de cumprimento definitivo da sentença condenatória em quantia certa.

Note-se que o processo do trabalho sempre se pautou pela celeridade na execução, que pode ter início por ato oficial do juiz (art. 878 da CLT), o que já era um grande avanço no sentido do sincretismo, de tal forma que grande parte das alterações procedidas no CPC de 1973 estava sendo aplicada na Justiça do Trabalho.

Se aprovado o Projeto de Código Civil, o processo civil vai regredir no que diz respeito às execuções provisória e definitiva, em relação ao processo do trabalho, de tal forma que se deve mantê-lo protegido, recorrendo ao disposto nos arts. 769 e 889 da CLT.

6 – CONCLUSÃO

A criação de cláusulas de contenção, representadas pelos arts. 769 e 889 da CLT, tem razões históricas, consubstanciadas na necessidade de se manter a celeridade e a efetividade, que eram garantidas pelo processo do trabalho, ao contrário do que acontecia com o processo civil comum e com as execuções fiscais, quando da entrada em vigor da CLT.

A colmatação, tanto das lacunas ontológicas como das axiológicas, do processo do trabalho deve sempre partir da busca da maior efetividade da prestação jurisdicional, pautada na garantia constitucional da razoável duração do processo e nos valores que informam os direitos material e processual do trabalho.

Grande parte das alterações procedidas no CPC de 1973 representava avanço no sentido da garantia da efetividade do processo, de tal sorte que a doutrina e a jurisprudência majoritárias defenderam a sua aplicação no processo do trabalho.

O Projeto de Código de Processo Civil não supre diversas lacunas ontológicas do processo coletivo do trabalho, nem dá ensejo ao suprimento de lacunas normativas e axiológicas, diversas das já supridas com o recurso ao CPC de 1973, mormente após as reformas por ele experimentadas. Ao contrário. Contém diversas disposições que, ao invés de garantirem maior celeridade ao processo, o retardarão, o que impõe a conclusão de que as cláusulas de contenção do processo laboral (arts. 769 e 889 da CLT) deverão ser mantidas, a fim de que não se o desnature.

DOCTRINA

BIBLIOGRAFIA

BEBBER, Júlio César. *Cumprimento da sentença no Processo do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no Direito Processual do Trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 52-96.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. p. 26-51.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Reflexos da reforma do CPC no Processo do Trabalho: leitura constitucional do princípio da subsidiariedade*. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkin, 1978.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 8, agosto 2006, p. 920-930.

Notas e Comentários

MUDANÇAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

O Tribunal Superior do Trabalho aprovou, em sessões do Tribunal Pleno e do Órgão Especial, diversas alterações na sua jurisprudência, como a atualização da redação de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais e a edição de novos verbetes. Entre elas, destaca-se a mudança na redação da Súmula nº 428, que trata do regime de sobreaviso. Pelo novo entendimento, o empregado que estiver submetido ao controle do empregador por meio de instrumentos telemáticos e informatizados, em regime de plantão ou assemelhado, aguardando a qualquer momento um chamado para o serviço durante seu período de descanso, tem direito ao adicional de sobreaviso, correspondente a 1/3 da hora normal.

Outra inovação é a extensão do direito à estabilidade à gestante (com a inclusão de novo item na Súmula nº 244) e ao trabalhador vítima de acidente de trabalho (com a alteração da Súmula nº 378), mesmo em caso de admissão mediante contrato por tempo determinado. Uma nova súmula garante ao trabalhador que tiver seu contrato de trabalho suspenso em virtude de auxílio-doença acidentário ou aposentadoria por invalidez o direito à manutenção do plano de saúde ou assistência médica por parte do empregador.

A revisão é resultado das discussões da 2ª Semana do TST, iniciada em 10 de setembro. “O TST realizou, ao longo desta semana, uma detida reflexão sobre sua jurisprudência e sobre medidas de cunho normativo visando ao aperfeiçoamento da instituição”, afirmou o presidente do Tribunal, ministro João Oreste Dalazen, na sessão do Tribunal Pleno que oficializou as alterações. “Recebemos inúmeras sugestões, centenas de propostas e críticas dirigidas à jurisprudência, mas, dada a exiguidade de tempo, não foi possível examiná-las todas, ainda que muitas delas tenham a maior importância e mereçam toda a nossa consideração”.

Ao todo, 43 temas da jurisprudência foram examinados, e do exame resultaram a alteração da redação de 13 súmulas e o cancelamento de duas. Duas Orientações Jurisprudenciais foram canceladas, três foram convertidas em súmula e quatro alteradas. O Pleno aprovou, ainda, a edição de oito novas súmulas, entre elas a que garante validade à jornada de trabalho de 12 x 36 horas e protege o trabalhador portador de doença grave que gere estigma ou discriminação da dispensa arbitrária.

MINISTRO ARNALDO LOPES SÜSSEKIND MORRE AOS 95 ANOS

Faleceu em 9 de julho o ministro Arnaldo Lopes Sússekind. Considerado uma das figuras mais emblemáticas do Judiciário trabalhista, o jurista tinha apenas 24 anos quando, em 1942, atuou na redação da CLT. Foi ministro do Trabalho e Previdência Social no governo Castello Branco, de abril de 1964 a dezembro de 1965, procurador-geral da Justiça do Trabalho e ministro do Tribunal Superior do Trabalho de 1965 a 1971. Patrono dos advogados trabalhistas, Sússekind integrou a Comissão de Peritos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e fez parte da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Ibero-americana de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Academia Luso-Brasileira de Direito do Trabalho e de mais 18 associações culturais e científicas nacionais e estrangeiras, além de presidir conselhos editoriais de importantes periódicos brasileiros.

Entre diversos prêmios, recebeu o Teixeira de Freitas, pelo Instituto dos Advogados do Brasil, e mais de 40 condecorações nacionais e estrangeiras. Participou de quase 200 congressos nacionais como conferencista ou autor de teses e de conferências internacionais, além de ter escrito cerca de 20 livros jurídicos, totalizando 29 volumes e 41 opúsculos (pequenas obras), e mais 26 títulos coletivos.

Na cerimônia de despedida a Arnaldo Lopes Sússekind, realizada no saguão do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, na cidade do Rio de Janeiro, o presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ministro João Oreste Dalazen, fez pronunciamento em que traçou um rápido perfil da carreira do jurista, que chegou aos 95 anos em plena atividade. Segue, abaixo, o pronunciamento do ministro Dalazen:

“Senhora Presidente! Magistrados, advogados, Procuradores, servidores, senhoras e senhores!

Ao contrário do que escreveu Shakespeare no célebre discurso de Marco Antônio para *Júlio César*, vim para velar, louvar e prantear Arnaldo Lopes Sússekind nesta homenagem de despedida, em nome da Justiça do Trabalho. Vim para prestar um tributo e um reconhecimento

NOTAS E COMENTÁRIOS

à solidez da trajetória desse que foi um dos mais proeminentes e diletos filhos da Justiça do Trabalho.

Süssekind foi um homem de vulto inigualável, que partilhou a largueza de seu rico espírito, a profundidade de sua sabedoria e a diligente força de seu trabalho com o Direito do Trabalho e com a Justiça do Trabalho no Brasil.

É imperativo aprender com a história de Arnaldo Süssekind. É impossível deixar seu nome à margem do reconhecimento mais profundo e verdadeiro de que a sua atuação não apenas lançou as bases, mas cooperou, de forma inexcusável e como nenhum outro, na construção do edifício da Justiça Social no Brasil.

Recordo que os sólidos e indestrutíveis laços de Süssekind com a Justiça do Trabalho estabeleceram-se antes mesmo de sua colação de grau no Curso de Direito, pela então Universidade do Brasil, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro, turma de 1939. De fato, ainda em 1938 iniciou carreira no serviço público, como Auxiliar do então Conselho Nacional do Trabalho, embrião do atual Tribunal Superior do Trabalho.

A partir daí conquistaria os mais importantes cargos das Instituições voltadas à aplicação e à construção do Direito do Trabalho no Brasil: Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Corte na qual desempenhou, em dois mandatos, eleito e reeleito, o cargo de Vice-Presidente, até sua aposentadoria, em 1971; ex-Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social, representante brasileiro junto à Organização Internacional do Trabalho – OIT e ex-Procurador-Geral do Trabalho.

O maior mérito de Arnaldo Süssekind, contudo, senhoras e senhores, *não* repousa em si nos cargos que exerceu – e fê-lo de forma exemplar e proba. Está no glorioso e precioso legado que deixou à posteridade.

Ninguém contribuiu tão extraordinariamente para a edificação do Direito do Trabalho em nosso País.

Um dos membros da Comissão que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, foi coautor dessa esplêndida obra de engenharia jurídico-trabalhista que *cumpriu e ainda cumpre* hoje papel magnífico: *primeiro*, de transposição de uma sociedade agrícola e de cultura escravocrata; e depois, e ainda hoje, para propiciar relações de trabalho mais dignas e equilibradas.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Autor de obras clássicas e imorredouras, formou legiões de profissionais e discípulos, dentre os quais modestamente me incluo.

Como Ministro do Trabalho, *resistiu* à extinção do 13º salário, proposta em reunião ministerial, sob o fundamento de que, em dezembro, dobrava a folha de pagamento das empresas. A saída que propôs, a antecipação de metade da gratificação natalina, foi adotada pelo presidente Castelo Branco e encontra-se ainda hoje vigente (Lei nº 4.749/65).

Arnaldo Sússekind sempre aliou a uma inteligência fulgurante, admirável *habilidade*, sem prejuízo da intransigente *defesa de princípios*.

A outra atividade que notabilizou Arnaldo Sússekind consistiu em sua marcante e memorável participação na Organização Internacional do Trabalho.

Foi graças à sua condução habilidosa e persuasiva que o Brasil, em 1978, passou a integrar o Conselho de Administração da OIT, na condição de membro *permanente*, situação que ostenta até hoje.

Prestou, igualmente, inestimável contributo à Comissão de Expertos da OIT, mercê de sua vasta inteligência e larga experiência. Até hoje foi o único juslaboralista, em todo o mundo, que deixou de ser membro da Comissão de Expertos e que, seis anos depois, a ela voltou por eleição do Conselho de Administração.

Mais que essa façanha, não nos esqueceremos jamais de que Sússekind devotou e consagrou toda uma vida na busca *de conferir efetividade aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e, enfim, ao sonho de universalização das normas da OIT*.

Senhoras e senhores!

Eis aí um pálido retrato de uma das personalidades que mais lutaram pela dignificação do trabalho em nosso País.

Eis aí um brevíssimo perfil do homem cuja ausência agora nos enche de saudade e que foi um verdadeiro construtor de catedrais no Direito do Trabalho brasileiro.

Poucos, como Arnaldo Sússekind, encarnaram e identificaram-se tão bem com o ideário de uma Instituição e para ela se voltaram tanto

NOTAS E COMENTÁRIOS

e por tanto tempo. Diria mesmo, parafraseando Winston Churchill, que nunca tantos cultores do Direito do Trabalho deveram tanto a um só.

Sua trajetória retilínea e admirável de homem público modelar afeiçoou suas ações visando ao reconhecimento dos direitos fundamentais à *liberdade e à igualdade*. Cultivou a responsabilidade social e promoveu a cidadania quando essas expressões ainda não estavam em voga.

Em toda a sua notável biografia transparece um *fio condutor*: sempre resistiu bravamente à iniquidade e propugnou por novos e melhores paradigmas em prol da sociedade.

Vê-se aí outro traço fascinante da exuberante personalidade do nosso pranteado amigo e mestre: o desassombro na luta por uma sociedade mais digna e justa.

Como disse Oscar Wilde, ‘todo mundo pode fazer história: só um grande homem pode escrevê-la’. Arnaldo Süssekind *escreveu-a e inscreveu seu nome* de forma indelével e perene na história do Direito do Trabalho brasileiro!

É por isso que de há muito ele empresta o seu honrado nome a este prédio público!

E empresta seu nome porque Arnaldo Süssekind nunca morrerá! Como já se disse, ‘existe um lugar onde nossos mortos não morrem: é dentro de nós mesmos’.

Arnaldo Süssekind viverá para sempre dentro de todos nós, operadores do Direito do Trabalho e defensores da Justiça do Trabalho.

Viverá na inspiração constante por sua paradigmática vida pública e pelo magnânimo coração de um ser que viveu para servir e engrandecer a humanidade.

Que Deus o abraçe e o receba, meu preclaro amigo e confrade! E que se compadeça de nós: familiares, amigos, discípulos, outorgando-nos, por sua misericórdia, a consolação necessária a seguirmos nossa caminhada, tomando-o como o *referencial máximo de virtudes peregrinas* a que podemos aspirar.

Transmito profundas e comovidadas condolências e solidariedade à DD. Família, na pessoa da Dra. Olga Pugachiov, em nome da Justiça do Trabalho.”

TST PROMOVE ENTREGA DA ORDEM DO MÉRITO TRABALHISTA

Em cerimônia coordenada pelo ministro João Oreste Dalazen, presidente da Corte, o TST promoveu em 8 de agosto a entrega do Ordem Mérito Judiciário do Trabalho. Foram condecorados autoridades, magistrados, advogados, empresários e profissionais de diversas áreas. A medalha foi criada em 1970 com o objetivo de premiar personalidades e instituições que tenham se destacado na Justiça do Trabalho, no Direito e na sociedade.