

Volume 1

Direitos Humanos Sociais
e Relações de Trabalho

COLEÇÃO
ESTUDOS
ENAMAT



Coordenação Geral
Ministro Mauricio Godinho Delgado

Volume 1

**Direitos Humanos Sociais
e Relações de Trabalho**

COLEÇÃO ESTUDOS ENAMAT



Brasília, DF
Obra Coletiva ENAMAT
Fevereiro de 2023

©2023 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)

Permitida a reprodução de qualquer parte, desde que citada a fonte.

Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Presidente: Ministro Lelio Bentes Corrêa

Vice-presidente: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga

Corregedora-geral da Justiça do Trabalho: Ministra Dora Maria da Costa

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT)

Diretor: Ministro Mauricio Godinho Delgado

Vice-Diretor: Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Coordenação, organização e revisão técnica:

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Bruno Alves Rodrigues

Adriene Domingues Costa

Cristiane Rosa Pitombo

Capa:

Secretaria de Cominação Social do TST (SECOM)

Coordenação Editorial:

Carlos Amaral Filho

Diagramação:

Eron de Castro

Revisão:

Carmem Menezes

Impressão e Acabamento:

ACE Comunicação e Editora EIRE

FICHA CATALOGRÁFICA

D598v1 Direitos Humanos Sociais e Relações de Trabalho: coleção estudos Enamat: volume 1 / Coordenação, organização e revisão técnica: Ministro Mauricio Godinho Delgado, Bruno Alves Rodrigues, Adriene Domingues Costa, Cristiane Rosa Pitombo. - Brasília-DF: Obra coletiva Enamat, fev. 2023.

658 p.

ISBN

[Obra elaborada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) / Tribunal Superior do Trabalho (TST).]

1. Direito Social ; 2. Direito do trabalho; 3. Relações de trabalho; I. Delgado, Mauricio Godinho (coord.); II. Costa, Adriene Domingues (org.); III. Rodrigues, Bruno Alves (org.); IV. Pitombo, Cristiane Rosa (org.); V. Título.

CDU – 349.3

**ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
DE MAGISTRADOS DO TRABALHO (ENAMAT)
(Gestão 2022/2024)**

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Diretor

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Vice-diretor

CONSELHO CONSULTIVO

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Desembargadora Márcia Andrea Farias da Silva

Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi
(até 31/01/2023)

Desembargadora Ana Paula Tauceda Branco

(a partir de 27/02/2023)

Juíza Maria Beatriz Viera da Silva Gubert

JUIZ AUXILIAR DA DIREÇÃO

Juiz Bruno Alves Rodrigues

COMITÊ CIENTÍFICO DE

ASSESSORAMENTO À PESQUISA

Desembargador Sérgio Torres Teixeira (Coordenador)

Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
(Subcoordenadora)

Juiz Bruno Alves Rodrigues (Secretário)

Desembargador Edilton Meireles de Oliveira Santos

Juiz Carlos Eduardo Oliveira Dias

Juíza Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves

Juiz Flávio da Costa Higa

Juiz Guilherme Guimarães Feliciano

Juízas Bárbara de Moraes Ribeiro Soares Ferrito

Juíza Manuela Hermes de Lima

Juíza Wanessa Mendes de Araújo Amorim

Professor Alexandre dos Santos Cunha

Professora Esther Dweck

**COMISSÃO DE ESTUDOS RELATIVOS A QUESTÕES DE
GÊNERO NO DIREITO INTERNACIONAL, NO DIREITO
BRASILEIRO, NA SOCIEDADE E NA MAGISTRATURA**

Juíza Patrícia Maeda (Coordenadora)

Juiz Bruno Alves Rodrigues (Secretário)

Juíza Ana Cristina da Silva

Juíza Ana Paula Sefrin Saladini

Juíza Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves

Juíza Eliane Convolto Melgarejo

Juíza Elinay Almeida Ferreira

Juiz Leonardo Vieira Wandelli

Juíza Manuela Hermes de Lima

Juíza Bárbara de Moraes Ribeiro Soares Ferrito

Juíza Natália Queiroz Cabral Rodrigues

**COMISSÃO DE ESTUDOS RELATIVOS A QUESTÕES DE
RAÇA NO DIREITO INTERNACIONAL, NO DIREITO
BRASILEIRO, NA SOCIEDADE E NA MAGISTRATURA**

Juíza Bárbara de Moraes Ribeiro Soares Ferrito
(Coordenadora)

Juiz Bruno Alves Rodrigues (Secretário)

Juíza Ana Cristina da Silva

Juíza Claudirene Andrade Ribeiro

Juíza Eliane Covolo Melgarejo

Juíza Elinay Almeida Ferreira

Juiz Leonardo Vieira Wandelli

Juíza Manuela Hermes de Lima

Juiz Igo Zany Nunes Corrêa

Juíza Patrícia Maeda

Juíza Wanessa Mendes de Araújo

13

APRESENTAÇÃO

Ministro Mauricio Godinho Delgado

PARTE I

OS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E A
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

19

TRABALHO DAS MULHERES: DIREITOS DAS E PARA AS MULHERES

Adriana Goulart de Sena Orsini

73

DIREITO À IGUALDADE E PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO: PROMOÇÃO E RESGUARDO DA DIGNIDADE HUMANA MEDIANTE O COMBATE À DISPENSA ABUSIVA PELA LEI N. 9.029 DE 1995

Sergio Torres Teixeira

111

DE SONHOS, CAMINHOS E (NÃO) FUTURO: A HISTÓRIA DE ANA

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert

125

AS ATIVIDADES ESSENCIAIS DURANTE A PANDEMIA E OS DIFERENTES CUSTOS DA COVID-19 PARA OS TRABALHADORES BRASILEIROS SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO E RAÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maíra Guimarães Araújo de la Cruz

Manuela Hermes de Lima

141

**ENFRENTANDO O BINARISMO JURÍDICO
DO DIREITO DO TRABALHO COM AS
LENTE DA PERSPECTIVA DE GÊNERO**

Adriana Manta
Elinay Almeida Ferreira

157

**DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES:
A IMPORTÂNCIA DO CASO DO CAMPO
DO ALGODÃO PARA A PERSPECTIVA
DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO**

Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves

PARTE II

DIREITOS HUMANOS SOCIAIS, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO

179

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: O DEVER DE
CONTRATAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Edilton Meireles

193

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO
NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Leonardo Vieira Wandelli

255

**TRABALHO, DIREITOS HUMANOS
E CONSTITUCIONALISMO**

Bruno Alves Rodrigues

PARTE III

O PAPEL DO SINDICALISMO PARA
A EFETIVIDADE DOS DIREITOS
HUMANOS SOCIAIS

275

O SINDICALISMO NO SISTEMA CAPITALISTA E NA DEMOCRACIA: PAPEL ESTRUTURAL

Mauricio Godinho Delgado

299

SINDICATOS: DESAFIOS NO SÉCULO XXI

Mauricio Godinho Delgado

337

DISCRIMINAÇÃO ANTISSINDICAL: O NECESSÁRIO RETORNO AO SINDICATO E À PERSPECTIVA DE CLASSE

José Roberto Freire Pimenta
Raquel Betty de Castro Pimenta

359

AS FACES DA LIBERDADE SINDICAL

Carlos Eduardo Oliveira Dias

PARTE IV

INSTRUMENTALIDADES VOLTADAS
À EFETIVIDADE DOS DIREITOS
HUMANOS SOCIAIS

395

A INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL EM TEMAS RELACIONADOS AO TRABALHO HUMANO

Augusto César Leite de Carvalho

417

A INCLUSÃO DE MINORIAS POR MEIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Alexandre Agra Belmonte

453

O *HABEAS DATA* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Guilherme Guimarães Feliciano

477

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS: UMA ANÁLISE DA ABORDAGEM DO CEJUSC-JT/ OLINDA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Cristina da Silva

PARTE V

OS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS
E O TRABALHO DECENTE

497

TRABALHO DECENTE E A PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL: A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO

Delaíde Alves Miranda Arantes
Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos

509

APONTAMENTOS SOBRE A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FAZENDA BRASIL VERDE

Bárbara Ferrito

525

RESPONSABILIDADE CIVIL E COVID-19: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRABALHO EM EMPRESAS FRIGORÍFICAS

Flávio da Costa Higa
Fernanda Antunes Marques Junqueira
João Marcelo Balsanelli

535

CANÇADO TRINDADE E SEU LEGADO: O PARECER DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TRABALHADORES IMIGRANTES INDOCUMENTADOS E SUA APLICABILIDADE 20 ANOS DEPOIS

Ana Paula Sefrin Saladini

555

**ACESSO A DIREITOS SOCIAIS E A
EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
SOBRE MEIO AMBIENTE DE TRABALHO POR
MEIO DO CASO SPOLTORE VS. ARGENTINA**

Igo Zany Nunes Correa
Adriana Goulart Sena Orsini

573

**SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
COMPLEXIFICAÇÕES QUE PRECARIZAM**

Guilherme Guimarães Feliciano
Claudirene Andrade Ribeiro

595

**CONTRATO INTERMITENTE COMO MODELO
DE CONTRATO DE TRABALHO PRECARIZADOR
DAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS E A
POSIÇÃO DA QUARTA TURMA DO TST**

Claudirene Andrade Ribeiro

611

**AS IMBRICAÇÕES DAS NOVAS TECNOLOGIAS
DIGITAIS DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO NA
CONTEMPORANEIDADE: SEUS ASPECTOS VISÍVEIS
E INVISÍVEIS DE INGERÊNCIA, MANIPULAÇÃO
E CONTROLE DO COMPORTAMENTO**

Wanessa Mendes de Araújo

631

**POR UM CONCEITO PARA O TRABALHO
DECENTE EM UM HORIZONTE DE DIGNIDADE**

Patrícia Maeda



FRAGMENTOS URBANOS

Local: Tribunal Superior do Trabalho (TST), quinto andar do Bloco B

Artista: Paulo Torres

Políptico / Técnica Têmpera Acrílica sob tela

Dimensões: 28x1,8 m

Data: 2011

A obra *Fragmentos Urbanos*, criada para o Tribunal Superior do Trabalho, representa a caminhada e as etapas da vida contemporânea. Através de formas e ângulos surgem espaços, onde se pode vivenciar a relação entre o tempo e a cidade. O concreto e a cor se unem e criam uma obra de grande extensão e significado. Ao percorrer os 28 metros da pintura o espectador pode mergulhar na busca constante do artista em traduzir o espaço urbano de forma poética.

APRESENTAÇÃO

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro do TST e Diretor da Enamat

O conjunto de atribuições e competências da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) envolve múltiplas atividades, todas com notável relevância, a serem desenvolvidas ao longo dos dois anos da nova gestão 2022/2024, empossada perante o Tribunal Pleno do TST no dia 17 de outubro de 2022.

Incorporando a rica experiência provinda desde a primeira década do corrente século, e a ela agregando naturais aperfeiçoamentos e inovações, em harmonia com o Conselho Consultivo da Enamat, a par da comunidade jurídica e cultural das 24 Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho, mediante proveitosa interação com o Sistema Integrado de Formação dos Magistrados do Trabalho (SIFMT), ora previsto para se reunir em uma média de cada três meses, a nova direção da Escola Nacional tem buscado aprofundar uma visão sistêmica e transversal acerca do tema relativo à efetividade dos Direitos Humanos na ordem jurídica trabalhista brasileira e na estrutura e atuação da Justiça do Trabalho.

Para tanto, conta também com um Comitê Científico de Assessoramento à Pesquisa, formado por magistradas e magistrados doutores e/ou mestres, além de dois professores doutores não magistrados oriundos do universo universitário, totalizando 13 componentes, já considerado o juiz auxiliar da Direção da Enamat, Bruno Alves Rodrigues, também doutor em Direito. Somem-se a esse importante Comitê Científico, duas Comissões de Estudos Temáticos, compostas, cada uma, por 11 magistradas e magistrados do trabalho, doutores e/ou mestres em Direito, uma direcionada à pesquisa e estudos sobre o tema do gênero e a outra à pesquisa e estudos sobre o tema racial. Também nesses dois comitês atua o juiz auxiliar da Enamat.

Com esse sólido e esmerado suporte científico, técnico e amplo da comunidade judicial trabalhista, a gestão 2022/2024 da Enamat traz, como uma de suas mais importantes marcas, o compromisso com a efetividade dos Direitos Humanos, o que tem norteado as ações administrativas, formativas e de pesquisa da entidade, a começar pelo respeito ao critério de paridade de gênero na constituição de seus colegiados, além da instituição das Comissões de Estudos Relativos às Questões de Gênero e Raça, no Direito Internacional, no Direito Brasileiro, na Sociedade e na Magistratura.

A baliza dos Direitos Humanos também figurou como um dos fios condutores da revisão da tabela de competências da Enamat (Anexo 7, da Resolução n. 28/2022 da Enamat), que trata do norte de formação e aperfeiçoamento continuado das magistradas e dos magistrados do trabalho.

Assim, a revisão dos conteúdos dos cursos da Enamat e a definição da pauta formativa de todos os eventos da entidade passam a respeitar, primariamente, o eixo de efetividade dos Direitos Humanos, o que restou simbolizado já no primeiro evento organizado por essa gestão, o **Seminário Internacional de Direitos Humanos Sociais e Relações de Trabalho**, correalizado com a Presidência do TST, esta irmanada no mesmo propósito institucional, à qual se registra agradecimento pela confiança depositada na atual Direção da Escola Nacional.

A tônica de um projeto pedagógico centrado na efetividade dos Direitos Humanos perpassa pela certeza de que esta agenda não concorre com outras pautas formativas, mas, ao contrário, as assegura em propósito, isso inclusive no que diz respeito àquelas de caráter mais instrumental e procedimental, eminentemente afetas às rotinas judiciárias. Isso porque toda a instrumentalidade do sistema de justiça só se justifica pelo seu necessário compromisso teleológico com a preservação da dignidade humana.

Imbuídos deste propósito, e ainda nos primeiros dias de administração, promovemos uma chamada de artigos para a publicação da obra **Direitos Humanos Sociais e Relações de Trabalho**, com convites endereçados aos membros dos colegiados da Enamat: Conselho Consultivo, Comitê Científico de Assessoramento à Pesquisa e Comissões de Estudos relativos a Questões de Gênero e de Raça. E em atenção a este convite, a Coordenação da presente obra recebeu 26 artigos de elevada qualidade técnica, que tratam de temas fundamentais à efetividade dos direitos humanos sociais.

Os artigos foram distribuídos pela Coordenação da obra em cinco capítulos: os direitos humanos sociais e a dignidade da pessoa humana; direitos humanos sociais, direitos fundamentais e constitucionalismo; os direitos humanos sociais e o trabalho decente; o papel do sindicalismo para a efetividade dos direitos humanos sociais; instrumentalidades voltadas à efetividade dos direitos humanos sociais.

Enfim, atendendo ao mister de produzir pesquisa jurídica voltada à formação e ao aperfeiçoamento das magistradas e dos magistrados responsáveis pela efetividade da Justiça Social, a Enamat traz à lume artigos jurídicos comprometidos com o resguardo aos direitos antidiscriminatórios, ao meio ambiente de trabalho decente e sustentável, ao fomento às organizações coletivas estamentais dialetizadas pelo valor trabalho, à potencialização de procedimentos jurisdicionais vocacionados à efetividade dos direitos humanos, e à dinamização

dos compromissos constitucionais de ordem fundamental sustentados nos direitos humanos sociais.

Desejamos, assim, que a presente obra represente mais um passo na longa e penosa travessia da humanidade em encontro ao próprio humanismo.

Fevereiro de 2023

PARTE I

OS DIREITOS HUMANOS
SOCIAIS E A DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA

TRABALHO DAS MULHERES: DIREITOS DAS E PARA AS MULHERES

Adriana Goulart de Sena Orsini

Desembargadora Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Associada IV da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre, doutora e pós-doutora em Direito (UFMG e UDF). Membro do corpo permanente do PPGD/UFMG (nota 7 Capes).

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS JURÍDICOS

O estudo histórico sobre a mulher e o trabalho nos remete a uma constatação de que o trabalho da mulher esteve presente desde a mais remota época da sociedade humana, embora submetido a certas condições, regra geral de não reconhecimento e inferioridade construída, ao longo dessa história. É que, por largo período, a mulher (branca, não escrava e/ou escravizada) esteve afastada do processo produtivo próprio às sociedades, circunscrita aos afazeres domésticos, familiares e de cuidado, não jurídica e socialmente reconhecidos. Não trabalhava na direta produção social, mas no âmbito interno da família.

Nessa linha, tanto na Antiguidade, quanto na idade média, apesar do transcurso dos séculos, viria ostentar condição de ser “inferior”, no nível econômico, social e político, situação confirmada por uma legislação de corte segregacionista e discriminatória. Xenofonte, discípulo de Sócrates, retratando o espírito eminentemente patriarcal que pontuou a história do mundo, assim descreveu:

Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os Deuses a puseram nos serviços caseiros, porque ela suporta menos bem o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que vagueiam pelas ruas são desonestas (**A emancipação sócio-jurídica da mulher**, de Vicente Sabino Júnior, p. 248).

A normatização jurídica da Antiguidade oriental, por sua vez, foi especialmente severa com a mulher. O Código de Manu (Índia) dispunha, ilustrativamente, que o testemunho feminino não teria validade, a não ser em processo em que as mulheres fossem indigitadas ou naqueles em que faltassem testemunhas próprias (arts. 50 e 51). Para essa legislação, inexistia capacidade feminina: “Uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se à sua vontade” (art. 415, Código de Manu).

Esse quadro de isolamento feminino do processo produtivo (referimo-nos à mulher “livre”; não, evidentemente, à mulher escrava¹) estender-se-ia até a

1 É preciso pontuar para que não parem dúvidas de que intersecções de raça, gênero e condições sociais sempre estiveram presentes, mas nem sempre consideradas. Assim é de se dizer que a mulher negra, regra geral escrava e escravizada, também trabalhava no seio familiar, no âmbito doméstico de sua família, o que a conduzia a mais um sobrepeso em sua condição humana. A mulher negra escrava também era trabalhadora doméstica em cuidados com a prole e sua família, não reconhecida jurídica e socialmente.

Revolução Industrial, quando a nova e distinta dinâmica de organização do sistema produtivo permitiu (e até mesmo incentivou) a integração da mulher livre (com a criança e o adolescente) ao mercado de trabalho. A divisão industrial do trabalho, com simplificação de tarefas; a necessidade de grandes contingentes de trabalhadores para o funcionamento da nova indústria; a circunstância desse funcionamento basear-se no trabalho livre, tudo levava a tornar prático e funcional a contratação do trabalho da criança e da mulher pela indústria nascente. Ou parecia levar...

Outro fator importante para a introdução da mão de obra feminina nas fábricas foi o desenvolvimento da maquinaria, reduzindo, destarte, o esforço muscular². Tal aproveitamento, no século XVIII, quando da Revolução Industrial, foi em tamanha larga escala, que a mão de obra masculina chegou a ser preterida. Fundamentalmente, a causa de tal preferência eram os salários menores pagos à mulher, além da jornada dilatada a que estava sujeita. A expressão “meias forças” reproduz com fidelidade o pensamento, à época, sobre o trabalho feminino. A omissão estatal permitia a absurda e incomensurável exploração nas relações de trabalho (Estado “gendarme”, de corte liberal).

É certo que, década depois, já ao avançar do século XIX, após reiteradas pressões operárias, a atuação de alguns governantes provocou medidas de proteção à mulher³. Entretanto, importante causa dessa “proteção” era a necessidade de impedir o desemprego masculino, em face da exploração desenfreada da mulher e da criança e adolescente.

2 Por óbvio não se está falando em situações individuais ou mesmo individualizadas. Há mulheres mais fortes que homens em comparação pessoa a pessoa. As diferenças morfofísicas entre homens e mulheres são destacadas em estudos recentes e científicos sobre o tema.

3 Todavia, permanecem até hoje discriminações e não reconhecimentos. A mulher está submetida a uma carga mental silenciosa e essa característica a torna duplamente pesada. A sociedade não a reconhece porque não valoriza nem remunera o trabalho doméstico, apesar de ser um pilar fundamental da economia. Historicamente, a administração da casa foi entendida como algo essencialmente feminino, que mulheres fazem quase que por instinto. Ainda que hoje haja uma aceitação das tarefas domésticas por parte dos homens, geralmente as tarefas não são realmente divididas em todos os aspectos que as compõem. Ademais não existe nada biológico que leve as mulheres a exercer referido papel, mas interessa que continuem a fazer esse trabalho e de graça. É o que permite manter o sistema. A criação dos filhos e o trabalho doméstico colocam a mulher nesse esquema em face do patriarcado. Uma sociedade dominada pela classe masculina, que deteve o poder político e religioso durante séculos e manteve o controle sobre as mulheres, especialmente sobre sua capacidade reprodutiva, que é um poder essencial. É preciso deixar claro em um estudo sobre o trabalho da mulher para que se possa efetivamente avançar em termos protetivos reais às mulheres.

Na realidade, fazendo um corte histórico, o benefício reverteria para o próprio capitalismo, temeroso de ver assolados os seus alicerces com a agitação das massas, já então buscando organizar-se em entidades de classe que ostentavam bandeiras revolucionárias, procurando impor, a qualquer custo, as reivindicações mínimas dos trabalhadores (SUSSEKIND; MARANHÃO e VIANNA, v. 2, 1991, p. 854-855).

Em nível internacional, segundo doutrinadores de escol, a primeira lei de proteção à mulher trabalhadora surgiu na Inglaterra com o *Coal Mining Act* de 1842, proibindo o trabalho em subterrâneos. Em 1844, seguiu-se a *Factory Act* que limitou a jornada em 12 horas, tendo proibido o trabalho noturno. Em 1878, tem-se o *Factory and Workshop Act* que vedou o trabalho insalubre e perigoso (MAGANO, p. 80, 1987).

Em 1890, ocorre o Congresso de Berlim, onde 12 Estados aprovaram as seguintes recomendações: proibição do trabalho em minas; proibição do trabalho em período noturno; e a terceira sobre concessão de licença em virtude do parto. Na Conferência de 1906, adotou-se uma convenção internacional sobre a proibição do trabalho noturno das mulheres (VIANNA, SUSSEKIND; MARANHÃO, v. 2, 1991, p. 854-855).

A preocupação dos homens públicos da época, de que a proteção ao trabalho da mulher necessitava restar efetivada, está estampada no Tratado de Versailles:

A trabalho igual deve-se pagar salário igual, sem distinção de sexo do trabalhador. Deve-se organizar, em cada Estado, serviço de inspeção que compreenda mulheres, a fim de assegurar a aplicação de leis e regulamentos para proteção dos trabalhadores.

Com a criação da OIT (OIT), em 1919, pelo Tratado de Versalhes, foram institucionalizadas medidas de proteção à mão de obra feminina, por meio de instrumentos internacionais (convenções e recomendações, em especial as Convenções Fundamentais n. 100 – Convenção sobre Igualdade de Remuneração, de 1951, e a de n. 111 – Convenção sobre Discriminação, Emprego e Profissão), de 1958.

Não pode ser olvidada, no plano internacional (ONU), a contribuição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, quando propugnava pela não discriminação quanto a emprego e profissão por motivo de sexo. Tampouco a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra

as Mulheres. Ambos os instrumentos das Nações Unidas foram adotados pela Assembleia Geral da ONU em 1979. Em 3 de setembro de 1981, 30 dias após a vigésima nação membro tê-la ratificado, a Convenção entrou em vigor, codificando de forma abrangente os padrões legais internacionais para as mulheres.

No Brasil, o Estado relegava o trabalho feminino ao mais completo abandono, chegando mesmo ao descaso. Cumpre registrar que o tal trabalho, em nosso país, existia em pequena proporção, posto que a tradição brasileira nos remetia a uma mulher enclausurada no lar. A sociedade brasileira ainda hoje pode ser considerada uma sociedade patriarcal⁴.

Apesar da República a legislação positivou o privilégio masculino. O Código Civil de 1916 reconheceu e legitimou a supremacia masculina limitando o acesso da mulher ao emprego e à propriedade. As mulheres casadas ainda eram legalmente incapacitadas e, apenas na ausência do marido, podiam assumir a liderança da família. O marido, legalmente, era designado como “chefe da família” como no velho Código Filipino (1870) compilado em Portugal em 1603.

Assim, quando em 1917 travava-se da discussão quanto ao projeto do Código do Trabalho, inúmeras foram as defesas de pontos de vistas contrários à realização de contrato de trabalho pela mulher casada (registre-se que, até 1962, com o “Estatuto da Mulher Casada”, a mulher, ao convolar núpcias, passava ao estado de “relativamente incapaz”). Acirrada e acalorada a reação contra o projeto num todo, em especial aos dispositivos regulamentares do trabalho feminino. A discussão durou anos, insensível a velha República às palavras pronunciadas, em 1926, pelo então Deputado Getúlio Vargas: “No descontentamento dos tempos que correm, existe a surda fermentação de um novo mundo que surge sob o esboroamento das instituições decrépitas.”

Lindolfo Collor, Ministro do Trabalho à época, estudou a questão problema (à época) do trabalho feminino e, em 17 de maio de 1932, foi expedido o Decreto n. 21.417-A, estabelecendo, entre outras medidas, proibição do trabalho noturno, nas minerações em subsolo, em atividades insalubres e descanso de quatro semanas antes e quatro depois do parto com percepção de metade do salário.

4 O patriarcado no Brasil surgiu com a colonização do país no século XVI, tendo o homem como a figura que detinha a autoridade, o poder político e econômico. As mulheres e seus descendentes deviam obediência à figura masculina, sendo submissos ao pai; no caso das mulheres a submissão se estendia ao marido (PINHEIRO, 2008; SAMARA, 2002; BRUSCHINI, 1997). O matrimônio legitimava o “pátrio poder” e os papéis de gênero até o século XIX (OLIVEIRA, 2012; SAMARA, 2002).

Anos se passaram, mas os dados da OIT⁵ (no plano internacional) e do IBGE (no plano nacional) nos asseveram que a mulher continua a ter seu trabalho explorado, sem efetiva igualdade. Apenas a título exemplificativo o censo do IBGE de 2010 revelou que, no recorte territorial Brasil, o salário médio da mulher é 67,6% do salário do homem⁶.

2. TUTELA LEGAL DO TRABALHO DA MULHER NO BRASIL

Pelo que se pode observar com a evolução social, histórica e legislativa, o trabalho feminino passou a ser objeto de normas especiais, sobretudo nos países que primeiro manifestaram as consequências sociais da revolução industrial (DONATO, 1982, p. 162).

No Brasil, a análise jurídica da questão passa por exame dos textos constitucionais. A primeira Constituição a proibir discriminação relativamente a salário por motivo de sexo foi a de 1934, em seu art. 121, § 1º, *a*, conforme texto à época: “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”.

A Constituição de 10 de novembro de 1937, mais profusa nessa regulamentação, tratou, no seu art. 137, dos seguintes preceitos relacionados ao trabalho da mulher:

k) proibição de trabalho em indústrias insalubres a menores de dezoito anos e a mulheres; l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto.

A proibição da diferenciação salarial por motivo de sexo, também, encontrava-se presente nesse Texto Constitucional do ano de 1937.

A Carta Magna de 1946, na mesma linha, proibiu diferenciação salarial entre homens e mulheres (art. 157, II) e, também, o trabalho da mulher em indústrias insalubres. Entretanto, relativamente à proibição de diferenciação por motivo de sexo, além da salarial acrescida restou à proibição quanto a critério de admissão. A mesma previsão relativamente à Previdência para a proteção à

5 *Vide* OIT: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_755717/lang-pt/index.htm. Acesso em: 26 nov. 2022.

6 *Vide* IBGE: <https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-2,-3,128&ind=4721>. Acesso em: 26 nov. 2022.

maternidade foi incluída em seu bojo. A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, repetiu os preceitos retromencionados.

Sem sombra de dúvida, na Constituição de 1988 a proteção à mulher foi mais explícita e decisiva para as lutas femininas e feministas encontrarem esteio constitucional. O art. 7º contém os seguintes incisos: XVIII, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias, e, no XXX, proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo. Há, finalmente, um princípio programático, insculpido no inc. XX, art. 7º: “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Coloca-se, em posição de destaque, o nosso direito positivo relativamente às leis de proteção ao trabalho feminino e, também, em outros aspectos das leis sociais, porquanto abrangente e minucioso, garantindo à mulher a completa equiparação jurídica ao homem, dando-lhe, também, a necessária proteção legal, levando-se em linha de conta condições físicas, a par maternidade.

Importante atentar para a reformulação dos preceitos que visam a assegurar condições especiais de amparo à mulher, eliminando os dispositivos de caráter discriminatório. A tendência é recente e historicamente compreensível: a mulher ingressou no mercado de trabalho há 200 anos, submetida, naquele instante, a uma lógica empresarial crua de custo/benefício. Sua contratação, em síntese, tornava-se vantajosa pela mulher se subordinar mais facilmente, em vista da secular segregação cultural e jurídica que a caracterizara ao longo dos séculos a uma combinação perversa de baixos salários (em nível inferior ao do homem), elevada jornada (em nível superior ao do homem) e condições ambientais agressivas ao organismo. A estratégia dos próprios trabalhadores, portanto (absorvida pela política institucional e legislações trabalhistas ocidentais), construía-se, na época, em direção ao estabelecimento de proteções e proibições mínimas, que evitassem a superexploração feminina e o aviltamento do custo de mão de obra, em prejuízo, tanto da mulher, como do homem.

Contemporaneamente, entretanto, quer por já superados 160 anos de existência dessa legislação nos países desenvolvidos, quer por atingido, ainda, um nível mais avançado de organização dos próprios trabalhadores, quer, finalmente, por já absorvida, também, a revolução cultural produzida pela inserção feminina no mercado de trabalho, o excesso de restrições à contratação de mão de obra feminina começa a emergir como elemento de discriminação, eventual inibidor da plena afirmação da mulher na sociedade democrática moderna. O

que fora proteção ganha, portanto, décadas após, certo sabor de discriminação. A saber:

Há um movimento acentuado visando à supressão dessas disposições legais, em alguns casos pelo entendimento que a igualdade de tratamento decorre do princípio constitucional que proíbe diferenças por motivo de raça, cor e sexo. Outros pleiteiam a supressão ou a redução sob a alegação de que as medidas protecionistas, na verdade importam na redução de amplitude do mercado de trabalho para as mulheres (SUSSEKIND; MARANHÃO e VIANNA, v. 2, 1991, p. 854-5).

Otávio Bueno Magano afirmava:

Não há mais unanimidade de vistas a respeito de decantada fragilidade da mulher prevalecendo antes a opinião de serem poucas as profissões, se é que realmente existem, em que as condições de trabalho sejam mais insalubres às mulheres do que aos homens. Sublinhe-se, por outro lado, que o trabalho noturno apresenta as mesmas inconveniências tanto para o homem como para a mulher. (**Manual de Direito do Trabalho**, 1981, v. IV)

Os raciocínios sobre a inferioridade da mulher encontram-se superados, consoante Osiris Rocha. Assim, propôs a prevalência apenas dos “argumentos em prol da grande tarefa da mulher, pela própria natureza: a maternidade”.⁷

Marly Cardone, por seu turno, comenta, opinando que “já se tem sustentado, e nesta corrente nos alinhamos, que as chamadas normas de proteção do trabalho da mulher, em lugar de protegê-la como trabalhadora, apenas conseguem resultado totalmente diverso”. Isso tem sido sustentado já pelo Bureau Internacional do Trabalho, no **Relatório Preliminar** de 1973, *Le travail des femmes dans un monde en évolution*.⁸

Na órbita internacional, o documento mais importante dessa evolução universal é a Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1975, ratificada pelo Brasil – Decreto n. 89.460, de 20/3/1984. O art. 11 do referido instrumento preconiza que os “Estados partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra

7 ROCHA, Osiris. **Curso de direito do trabalho**: estudos em homenagem a Mozart Vitor Russomano, coord. Otávio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 604.

8 CARDONE, Marly A. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 3, n. 14, p. 23-45, jul./ago. 1978.

a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos”.

Com o advento da Carta Magna de 1988 – os Constituintes absorveram tais inclinações e tendências reveladoras de modernidade, a par ratificação pelo Brasil da Convenção acima mencionada –, a Doutrina e a Jurisprudência se posicionaram entendendo que os dispositivos discriminadores contidos no Texto Consolidado estavam revogados (STF – **A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as** – ADIn 521-9 – DF – questão de ordem – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 10.04.92 – p. 4.796 a 4.800).

O preceito revelador de tal alteração fundante encontra-se no art. 5º, I, CR/88 quando afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Acresça-se que o art. 7º, inciso XXX, também da Constituição da República, prevê que não pode haver diferenças de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo.

O próprio Ministério do Trabalho, por meio de sua Secretaria de Relações de Trabalho, determinou ante a Instrução Normativa n. 1, de 12/10/1988 (dois dias depois da promulgação da Constituição) entre outras, diretriz no sentido de que não caberia mais àquela pasta criar óbices ao trabalho da mulher. E, com isso, fixou orientação no sentido de que a fiscalização, quanto à jornada de trabalho e ao trabalho noturno, observasse os mesmos dispositivos regulamentadores do trabalho masculino.

O Poder Executivo adotou, em 22/9/1989, a Medida Provisória n. 89 (art. 62, da CR/88), publicada no DOU de 25/9/1989, sendo aprovada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei 7.855, de 24/10/1989, adaptando a CLT aos novos tempos, revogando os artigos 374, 375, 378, 379, 380 e 387. Mais recentemente, por meio da Lei n. 10.244/2001 revogado restou o art. 376, da CLT e, em face da Lei n. 13.467/2017, revogados restaram o parágrafo único do art. 372 e o art. 384 da CLT.

Com efeito, as mulheres podem firmar acordos de prorrogação de trabalho, sem necessidade de autorização médica; desnecessárias as anotações de atestados médicos em suas Carteiras de Trabalho (até porque tal anotação colide com o princípio da dignidade humana e inviolabilidade); inexistem restrições ao trabalho extraordinário ou no turno da noite, podendo trabalhar nos subterrâ-

neos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras e obra de construção pública ou particular, assim como nas atividades perigosas e insalubres.

Vale salientar, como dado histórico, que, antes da revogação do art. 376, da CLT, pela Lei n. 10.244/2001, havia posições doutrinárias que defendiam a tese de que, com a promulgação da Lei n. 7.855/1989, havia sido **vedado** o trabalho extraordinário da mulher. A saber:

A Lei n. 7.855, de 25.10.89, art. 11, revogou o art. 374, que autorizava o sistema de compensação de horas, e o art. 375, que exigia atestado médico para que a mulher pudesse fazer horas extras. No entanto, não revogou o art. 376 da CLT. O efeito foi a limitação ainda maior do trabalho extraordinário da mulher. Assim, o texto legal aplicável é o mencionado art. 376 da lei consolidada. (NASCIMENTO, 1981)⁹

Entretanto, mesmo naquele momento histórico não nos parecia ser a melhor exegese, conquanto mesmo que a Lei n. 7.855/1989 não tivesse expressamente revogado o artigo 376, da CLT, nos afigurava claro que havia uma incompatibilidade vertente entre o dispositivo celetista e o Texto Constitucional igualitário. Assim, entendíamos que revogado o dispositivo aludido, em linha de esteira à decisão da Corte Constitucional já mencionada (Adin 521-9).

Portanto, diante da igualdade constitucional, sempre se afigurou incompatível pretender que fosse proibido o trabalho extraordinário da mulher, posto que sem qualquer alicerce justificador, traduzindo-se em óbice legal para o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho. A Lei n. 13.467/2017 acabou por adequar a Seção I do Capítulo III da CLT no tocante a previsão igualitária do Texto Magno.

No tocante especificamente ao art. 384 da CLT, agora revogado pela Lei n. 13.467/2017, havia uma linha de raciocínio no sentido de que, se o artigo fosse compreendido como aplicável somente à mulher, conflitaria com os dispositivos constitucionais igualitários (arts. 5º, I, e 7º, XXX, CR/88). Desta feita, o intervalo de 15 minutos, antes da realização de horas extras, deveria ser interpretado como norma de proteção à saúde dos trabalhadores em geral e não apenas às mulheres. Compreendia-se que a tutela, no caso, deveria ser da saúde do trabalhador com a concessão de descanso de 15 minutos antes da prorrogação da jornada, o que deveria ser extensivo a homens e mulheres.

Russomano assim interpretou:

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 17. ed. 1981, p. 356-357.

Já vimos, por meio dos artigos 59 e 61, os casos em que a jornada de trabalho pode ser prorrogada, mediante a prestação de trabalho em horas extraordinárias e, bem assim, as condições de pagamento de serviço suplementar.

Vê-se, entretanto, por meio do texto desses dispositivos, que, entre o fim da jornada normal e o início do trabalho extraordinário, não foi, expressamente, marcado nenhum intervalo para descanso.

Poder-se-á, com efeito, entender de modo diferente, conjugando-se o artigo 71, parágrafo 1º, com os citados artigos 59 e 61. Por outras palavras: o serviço extraordinário pressupõe a prorrogação de um turno de trabalho. Assim, o turno de trabalho prorrogado, para efeito das horas extras, normalmente, ultrapassará o limite de quatro horas de serviço contínuo e, ipso facto, por força do artigo 71, § 1º, será assegurado ao trabalhador um descanso de quinze minutos, no mínimo.

[...]

Será, finalmente, possível – com boas razões – aproveitar-se a regra do artigo 384 para confrontá-la, sucessivamente, com os artigos 5º, 61 e 71, § 1º, desta Consolidação a fim de reforçar nessa interpretação, acima referida, de que esse intervalo para descanso pode ser devido em qualquer caso de prorrogação do serviço de qualquer trabalhador, sempre que tal prorrogação determinar sua permanência em atividade por mais de quatro horas consecutivas.

[...]

O artigo 384, pois, seria subsídio para a interpretação exata dos outros dispositivos acima citados, caso sejam considerados expressos, ou para sua aplicação, por analogia, aos casos gerais, caso sejam os primeiros encarados como omissos a propósito.¹⁰

Em um primeiro momento, a jurisprudência se fez sensível à extensão da proteção, a saber:

Trabalho da Mulher. O artigo 384, da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa à ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.¹¹

10 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 344. V. 1.

11 TRT-PR-RO 2.659/01. Rel. Juiz Roberto Dala Barba. **AC. 29.654/01**. DJ/PR 19.10.01 citado no artigo doutrinário de GUNTHER, Luiz Eduardo; e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **Revista LTr.**, v. 66, n. 1, jan. 2002.

A interpretação ampliativa protetiva com foco na saúde de todos trabalhadores não vingou, pois a hermenêutica se voltou ao necessário e legítimo tratamento diferenciado para a mulher. Em 27/11/2014, o Plenário do STF, por maioria, negou provimento ao RE 658.312, com repercussão geral reconhecida, firmando a tese de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República.

Na oportunidade, o relator, ministro Dias Toffoli, ressaltou que as disposições constitucionais e infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados, desde que existentes elementos legítimos para tal, concluindo que a questão “trata de aspectos de evidente desigualdade de forma proporcional”. Citou, inclusive, outros exemplos na legislação em que há disposição específica de tratamento diferenciado legítimo para a mulher, tais como prazo menor para aposentadoria, a cota de 30% para mulheres nas eleições e a Lei Maria da Penha.

Com efeito, o TST, em sua composição plena, já havia reconhecido, no âmbito do incidente de inconstitucionalidade IIN-RR n. 1540/2005-046-12-00.5 (relator ministro Ives Gandra Martins Filho, publicado em 13/2/2009), a compatibilidade do art. 384 da CLT com a atual ordem constitucional.

Em 9 de julho de 2015, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao julgar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 002014-2013-0100-03-00-2, por seu Tribunal Pleno, editou, por maioria de votos, Súmula de Jurisprudência com a seguinte redação:

SÚMULA n. 39: TRABALHO DA MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CR/88 COMO DIREITO FUNDAMENTAL À HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO. HORA EXTRA. O art. 384 da CLT, cuja destinatária é exclusivamente a mulher, foi recepcionado pela CR/88 como autêntico direito fundamental à higiene, saúde e segurança, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo que descartada a hipótese de cometimento de mera penalidade administrativa, seu descumprimento total ou parcial pelo empregador gera o direito ao pagamento de 15 minutos extras diários.

Em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei n. 13.467, também denominada de reforma trabalhista, que revogou o intervalo de 15 minutos antes da realização de horas extras (art. 384 da CLT), portanto, hodiernamente, não há mais obrigatoriedade de concessão do referido intervalo à mulher.

A questão relativa à aplicabilidade das normas de direito material introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 é bastante controvertida no que concerne aos

contratos iniciados antes da vigência da referida lei e findos após o início da sua vigência. Trata-se de hermenêutica baseada nos preceitos que regulam a aplicabilidade da lei no tempo.

O entendimento que temos esposado é que aos **contratos de trabalho que tiveram início em período anterior ao de vigência da Lei n. 13.467/17 e continuaram vigentes após 11/11/2017, as normas de direito material que restringiram direitos trabalhistas não são aplicáveis. Isso porque a lei nova aplica-se apenas aos novos contratos, assim entendidos aqueles firmados após a sua vigência, por força do disposto no caput do art. 7º da CF/88, bem como do art. 468 da CLT. Entretanto nenhuma das Cortes Superiores julgou a questão com foros de obrigatoriedade ou mesmo de definição interpretativa.**

Prevê o artigo 386 da CLT que, havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. A lei não contém palavras inúteis, sabe-se. Assim, o acórdão da lavra da ministra Delaíde Alves Miranda Arantes nos conduz à hermenêutica protetiva ao trabalho da mulher em seu sentido concreto.

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ATIVIDADES DO COMÉRCIO EM GERAL. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. TRABALHO AOS DOMINGOS. ARTIGO 386 DA CLT. LEI n. 10.101/2000. Diante da possível violação do art. 386 da CLT, o provimento do agravo de instrumento é medida que se impõe. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. ATIVIDADES DO COMÉRCIO EM GERAL. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. TRABALHO AOS DOMINGOS. ARTIGO 386 DA CLT. LEI n. 10.101/2000. Pesquisas de usos do tempo mostram uma distribuição bastante desigual do tempo entre homens e mulheres na vida cotidiana. Os homens continuam se dedicando ao trabalho produtivo de maneira praticamente integral, enquanto mulheres se esforçam para articulá-lo com o trabalho reprodutivo, assumindo todas as tarefas de antecipação, organização concreta e de coordenação entre diferentes tempos e lugares. A persistência das desigualdades de gênero em âmbito laboral se explica, em grande medida, pela sobrecarga de trabalho reprodutivo a que as mulheres estão submetidas. O alcance da igualdade material não prescinde de tratamento legal que considere as desigualdades de gênero, raça e classe, de forma a assegurar a redução das desigualdades estruturais da sociedade capitalista e patriarcal. Medidas protetivas que levem em consideração especificidades de gênero não consistem em desestímulo à contratação, uma vez que são provisórias e que devem ser acompanhadas de outras políticas públicas que equilibrem o seu impacto. O Tribunal Superior do Trabalho tem decidido que as normas de proteção ao trabalho da mulher foram recepcionadas pelo texto constitucional, não havendo antinomia com o disposto

no inciso I do art. 5º da Constituição Federal, no qual está expresso que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, porquanto o trabalho da mulher merece tratamento especial considerando suas condições específicas, levando-se em conta aspectos históricos, biológicos e sociais. O Pleno desta Corte, em caso análogo, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade resolvido no processo RR-1540-2005-046-12-00.5, decidiu pela recepção do art. 384 da CLT (antes de sua revogação pela Lei 13.467/17) pela atual ordem constitucional. O julgado foi assim ementado: [...] O legislador ao inserir o art. 384 da CLT no capítulo de proteção ao trabalho da mulher demonstra que a aplicação do referido artigo deve-se limitar à mulher por conta da sua peculiar condição biossocial, entendimento mantido pelo TST ao afastar a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Dessa forma, por analogia, entende-se que o art. 386 da CLT também foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Isto porque, ainda que a Constituição Federal de 1988 vede a discriminação em razão de sexo, nos termos do disposto no inciso I do artigo 5º, recepcionou a norma inserta no art. 386 da CLT, por tratar de regramento especial, justamente para assegurar a integridade física e moral, em condições de igualdade entre homens e mulheres. Saliento que, além de ter sido recepcionada pela Constituição, o art. 386 da CLT não foi revogado pela Lei n. 13.467/2017, a qual foi criada com o propósito de “adequar a legislação às novas relações de trabalho”. Ressalta-se que as normas jurídicas que regulam as folgas semanais são imperativas, por tratarem de critérios de preservação da saúde pública no ambiente de trabalho. Assim, o art. 386 prevê que, havendo trabalho aos domingos, será organizada escala de revezamento quinzenal que favoreça o repouso dominical. Ou seja, a empregada mulher que trabalhe num domingo, deverá obrigatoriamente folgar no domingo subsequente, independentemente de ter usufruído de folga semanal em outro dia. Quanto à alegação de que o trabalho nos dias de domingo para os comerciários está disciplinado na norma inserta no art. 6º da Lei n. 11.603/2007, em primeiro lugar, é de se destacar que na Lei n. 11.603/2007 não há dispositivo prevendo a revogação do art. 386 da CLT. E mais, a regra inserta no art. 386 da CLT é de natureza especial e tem por fim disciplinar o trabalho da mulher aos domingos, diante do que não pode ser considerada tacitamente revogada, conforme se extrai do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, na qual está disposto que “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” Por fim, o trabalho realizado em dia destinado ao descanso dominical, em infração à regra prevista no art. 386 da CLT, acarreta ao infrator a obrigação de remunerar o trabalho, na forma de horas extras, com adicional de 100%, e não apenas uma penalidade de ordem administrativa. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-459-34.2018.5.12.0059, 8ª Turma, Redatora Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes, DEJT 25/02/2022).

Os dispositivos legais a seguir elencados, relativamente à duração do trabalho da mulher, têm o mesmo traço normativo referente ao trabalho do homem:

- a) duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e 44 semanais, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior – art. 373, da CLT e art. 7º, XIII, CR/88.
- b) permitida a compensação de horário – art. 7º, XIII, CR/88. Inexistindo hora extra – Enunciado de Súmula n. 85 do TST.
- c) por motivo de força maior (art. 501, da CLT), poderá a duração do trabalho elevar-se além do limite legal ou convenicionado, até o máximo de 12 horas, e o salário hora terá acréscimo de 50% superior ao da hora normal (art. 61, da CLT c/c art. 7º, XVI, da CR/88).
- d) trabalho noturno permitido com salário superior ao diurno, acrescido de percentagem adicional de 20% no mínimo; com hora noturna computada como de 52 minutos e 30 segundos (arts. 73, *caput* e parágrafo 1º, da CLT) e aplicação das normas da Seção IV às prorrogações do trabalho noturno (art. 73, parágrafo 5º, da CLT).
- e) intervalo de 11 horas consecutivas, no mínimo, entre duas jornadas, destinado a repouso (art. 382, da CLT).
- f) intervalo durante a jornada para refeição e descanso não inferior a uma hora nem superior a duas horas, salvo art. 71, parágrafo 3º, da CLT (art. 383, da CLT).
- g) repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas – art. 385 da CLT e art. 7º, XV, CR/88.

No que concerne aos métodos e locais de trabalho, o art. 389, da CLT, está em vigor, não tendo sido alterado por nenhuma lei posterior. Referido dispositivo legal determina obrigação a toda a empresa de prover os estabelecimentos de medidas de higienização; instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, vestiários individuais, cadeiras, bancos; fornecer gratuitamente os recursos de proteção individual de acordo com a natureza do trabalho. Aliás, é imprescindível afirmar que a permanência e vigência das condições estabelecidas neste dispositivo legal se justificam para todo trabalhador, independentemente do sexo (art. 389, incisos I a IV, CLT).

No tocante ao emprego de força muscular, a Consolidação proíbe o trabalho da mulher em serviços que demandem o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo e 25 quilos para o trabalho ocasional. A

remoção de material feito por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos pode ser realizada pela mulher (art. 390, *caput* e parágrafo único, da CLT).

Interessante pontuar que, relativamente aos serviços que demandam emprego de força muscular, poder-se-ia perfeitamente compatibilizar a condição física do/da trabalhador/trabalhadora ao tempo despendido na tarefa, às condições próprias do serviço, caso a caso, ou por meio de instrumentos coletivos. Eventual desvantagem da fisiologia feminina não é fator determinante que não possa ser superado em face de melhor dimensionamento das atividades que exijam força física.

A propósito o ensinamento de Alice Monteiro de Barros:

[...] o ideal seria abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter a apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições do serviço, mas sempre atentos para o disposto no art. 483, *α*, da CLT. As convenções coletivas poderiam, em maior harmonia com a realidade fática, individualizar os trabalhos considerados pesados, dos quais estariam excluídos certos trabalhadores, dadas as suas características particulares, à semelhança do que ocorre com a Lei italiana n. 903, de 1977 (art. 1.º, § 4.º). Por outro lado, a desvantagem da fisiologia muscular feminina também não constitui obstáculo que não possa ser removido por uma organização de trabalho eficiente e pela utilização dos modernos recursos da técnica, capazes de alterar a natureza das atividades que exigem força física [...]¹²

A proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei é estatuída pelo art. 7º, XX, CR/88. A doutrina nos relembra que tais medidas seriam ações positivas, condições temporárias destinadas a acelerar a igualdade de fato entre os sexos. São medidas promovidas para corrigir os desequilíbrios da contratação das mulheres e o seu acesso aos diferentes cargos, a fim de que se possa assegurar a igualdade de resultados, pois a lei, por si só, não torna a igualdade substancial.

O art. 4º da Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e o art. 7º, XX, da Constituição Federal de 1988, são alicerces seguros para políticas públicas voltadas a compreensão e persuasão de empregadores, além da criação de fórmulas voltadas a realização dos objetivos colimados. Por exemplo, poderão, inicialmente, convergir para a

12 BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 480-481.

homogeneização da estrutura ocupacional, facilitando a inserção das mulheres em trabalhos tradicionalmente masculinos, por meio de incentivos aos empregadores que combatam a segregação.

As políticas públicas e ações afirmativas devem, ainda, incentivar a formação científica e técnica da mulher, em caráter permanente, destinando-lhe vagas em cursos ou setores que lhe possibilitam ampliar e atualizar os conhecimentos necessários à ascensão aos cargos de nível superior, esclarecendo as mulheres acerca das possibilidades que essa formação oferece-lhes, no mercado de trabalho, especialmente em áreas predominantemente masculinas, com as engenharias, matemáticas e tecnologias.

A capacitação da mão de obra feminina para assunção de cargos é necessária, uma vez que, em uma sociedade predominantemente patriarcal, o papel secundário da mulher no mercado de trabalho é secular e ainda se expressa em áreas do conhecimento face a falta de acumulação de “capital humano”. Não necessariamente do saber e do conhecimento, mas muitas vezes por falta de reconhecimento e escolhas propositivas. Ações positivas podem e devem ser desenvolvidas para facilitar também o acesso das mulheres aos cargos de chefias de seções em setores predominantemente femininos, mas cuja chefia é conferida aos homens.

As medidas positivas são, portanto, uma consequência do fato de que as condições singulares exigem tratamento diverso, do contrário, serão geradas ou intensificadas novas e inaceitáveis diferenças sociais e de acesso a melhores condições profissionais e de vida.

O parágrafo único do art. 373 da CLT trata-se de exemplo de ação afirmativa, segundo Alice Monteiro de Barros:¹³

[...] a Lei 9.799, de 26 de maio de 1999, ao rever a redação do art. 373 da CLT, admite, no parágrafo único, a adoção de medidas temporárias que visem o estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular às que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Ora, essas medidas temporárias nada mais são do que ações afirmativas.¹⁴

13 BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 485.

14 BARROS, Alice Monteiro. A discriminação no emprego por motivo de sexo. *In*: **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 70.

O art. 461 da CLT assegura a igualdade de salário para trabalho de igual valor, como medida antidiscriminatória, sem possibilidade de distinção em face de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. Aliás, é preciso afirmar que sempre a CLT teve dispositivo assecuratório da igualdade de salários em face do sexo. A alteração da Lei n. 13.467/2017 em nada alterou a previsão normativa celetizada.

Ao seu turno, o parágrafo 6º do art. 461 da CLT prevê, caso comprovada a discriminação por um dos motivos acima, que o Juízo determine, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa em favor da empregada discriminada (no feminino, uma vez que aqui tratamos do trabalho da mulher, ressalto) no valor de 50% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Dois pontos devem ser salientados em face da previsão supra. O primeiro diz respeito à judicialização (ajuizamento necessário de ação trabalhista) para que a discriminação reverbere em diferenças salariais e a multa acima descrita. Veja-se que o artigo prevê que o Juízo determinará. O segundo ponto a ser salientado é que a previsão do art. 6º do art. 461 da CLT não elide, nem poderia, a possibilidade de ajuizamento de ação de danos morais pela discriminação ocorrida.

2.1. Proteção jurídica à gravidez e à maternidade

No campo da maternidade, persistem esquemas especiais de tutela, trata-se de proteção justificada quer por valor social, quer por interesse público. Nessa circunstância, o tratamento diferenciado à mulher é plenamente justificado e decorre exatamente da situação peculiar da maternidade e não se afigura como tratamento discriminatório ou ilegal, mas tão somente constatação de desigual situação.

A proteção especial, outorgada na Seção V do Capítulo III da CLT, vem ao encontro à salvaguarda de um bem jurídico maior: a VIDA. E este é um bem de toda a sociedade – homens e mulheres – indistintamente.

A Constituição de 1988 assegura à gestante licença sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (art. 7º, XVIII). No período de licença-maternidade, a lei prevê um salário, denominado de salário-maternidade, que é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Sobre a contagem da data de início da licença-maternidade e do salário-maternidade, a ADI 6327, transitada em julgado em 15/11/2022, estabeleceu que a contagem se inicia a partir da alta hospitalar do recém-nascido ou da mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação. Afirmou o Ministro Fachin em seu voto: “Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto”.

Veja-se a ementa da lavra do Ministro Edson Fachin:

24/10/2022 PLENÁRIO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.327 – DISTRITO FEDERAL – RELATOR: MIN. EDSON FACHIN. EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONVERTIDA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DE TERMO INICIAL DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE SALÁRIO-MATERNIDADE A PARTIR DA ALTA HOSPITALAR DO RECÉM-NASCIDO OU DA MÃE, O QUE OCORRER POR ÚLTIMO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO § 1º DO ART. 392, DA CLT, E DO ART. 71 DA LEI 8.213/1991. NECESSÁRIA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Cumpridos os requisitos da Lei n. 9.882/99, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende possível a fungibilidade entre ADI e ADPF. 2. A fim de que seja protegida a maternidade e a infância e ampliada a convivência entre mães e bebês, em caso de internação hospitalar que supere o prazo de duas semanas, previsto no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n. 3.048/99, o termo inicial aplicável à fruição da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade deve ser o da alta hospitalar da mãe ou do recém-nascido, o que ocorrer por último, prorrogando-se ambos os benefícios por igual período ao da internação. 3. O direito da criança à convivência familiar deve ser colocado a salvo de toda a forma de negligência e omissão estatal, consoante preconizam os arts. 6º, *caput*, 201, II, 203, I, e 227, *caput*, da Constituição da República, impondo-se a interpretação conforme a Constituição do § 1º do art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do art. 71 da Lei n. 8.213/1991. 4. Não se verifica critério racional e constitucional para que o período de licença à gestante e salário-maternidade sejam encurtados durante a fase em que a mãe ou o bebê estão alijados do convívio da família, em ambiente hospitalar, nas hipóteses de nascimentos com prematuridade e complicações de saúde após o parto. 5. A jurisprudência do STF tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão de fonte de custeio não é óbice para extensão do prazo de licença-maternidade, conforme precedente do RE n. 778889, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016. A prorrogação de benefício existente, em decorrência de interpretação

constitucional do seu alcance, não vulnera a norma do art. 195, § 5º, da Constituição Federal. 6. Arguição julgada procedente para conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 392, § 1º, da CLT, assim como ao artigo 71 da Lei n. 8.213/91 e, por arrastamento, ao artigo 93 do seu Regulamento (Decreto n. 3.048/99), de modo a se considerar como termo inicial da licença-maternidade e do respectivo salário-maternidade a alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, prorrogando-se em todo o período os benefícios, quando o período de internação exceder as duas semanas previstas no art. 392, § 2º, da CLT, e no art. 93, § 3º, do Decreto n. 3.048/99.

Em 2013, a Lei 12.873 acresceu o artigo 71-A à Lei n. 8.213/1991. Este dispositivo legal assegurou o salário-maternidade pelo período de 120 dias ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (art. 393-A e 393-C todos da CLT). Não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social, ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no artigo 71-B da referida lei. As disposições do artigo aplicam-se ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção (art. 393-C da CLT).

O artigo 71-B da CLT estabelece que, no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

A percepção do salário-maternidade, inclusive o previsto no art. 71-B, está condicionada ao afastamento do segurado do trabalho ou da atividade desempenhada, sob pena de suspensão do benefício.

O salário-maternidade relativo ao período da licença é custeado pela Previdência Social. Quando se tratar de segurada empregada ou trabalhadora avulsa, o salário-maternidade consistirá numa renda mensal igual à sua remuneração integral (art. 72 da Lei n. 8.213/1991).

Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer

título, à pessoa física que lhe preste serviço. A empresa deverá conservar durante 10 anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social (parágrafos 2º e 3º do art. 72).

Atualmente o salário-maternidade é também devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, e será pago diretamente pela Previdência Social. O salário-maternidade devido à empregada do MEI, de que trata o § 26 do art. 9º, será pago diretamente pela previdência social, e o valor da contribuição previdenciária será deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198. (art. 100-A do Decreto n. 3.048/1999). Caberá ao MEI recolher a contribuição previdenciária a seu cargo durante a percepção do salário-maternidade pela segurada a seu serviço.

O salário-maternidade devido à empregada intermitente será pago diretamente pela previdência social, observado o disposto no art. 19-E, e o valor da contribuição previdenciária será deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198, e não será aplicado o disposto no art. 94 (art. 100-B do Decreto n. 3.048/1999). O salário-maternidade consiste na média aritmética simples das remunerações apuradas no período referente aos 12 meses que antecederem o parto, a adoção ou a obtenção da guarda para fins de adoção (§ 1º). Na hipótese de empregos intermitentes concomitantes, a média aritmética a que se refere o § 1º será calculada em relação a todos os empregos e será pago somente um salário-maternidade (§ 2º). A contribuição previdenciária a cargo da empresa terá como base de cálculo a soma das remunerações pagas no período de 12 meses anteriores à data de início do salário-maternidade, dividida pelo número de meses em que houve remuneração (§ 3º).

Prevê o art. 100-C do Decreto n. 3.048/1999 que o salário-maternidade devido à empregada com jornada parcial, cujo salário de contribuição seja inferior ao seu limite mínimo mensal, observado o disposto no art. 19-E, será pago diretamente pela previdência social, e o valor da contribuição previdenciária deverá ser deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198. Na hipótese de empregos parciais concomitantes, se o somatório dos rendimentos auferidos em todos os empregos for igual ou superior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição, o salário-maternidade será pago pelas empresas, observado o disposto no inciso II do *caput* do art. 98 (§ 1º). Para fins do disposto no § 1º, a empresa que pagar remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição deverá exigir da empregada

cópia dos comprovantes de pagamento efetuado pelas demais empresas (§ 2º). Cabe à empresa recolher a contribuição previdenciária a seu cargo durante a percepção do salário-maternidade pela segurada a seu serviço, mesmo na hipótese de o benefício ser pago pela previdência social. (§ 3º), A contribuição a que se refere o § 3º terá como base de cálculo a remuneração integral que a empresa pagava à empregada antes da percepção do salário-maternidade (§ 4º). Na hipótese prevista no *caput*, o valor do salário-maternidade será de um salário-mínimo (§ 5º).

A Lei n. 8.213/1991, em seu artigo 73, estatui que, assegurado o valor de um salário-mínimo para o salário-maternidade para as demais seguradas, o valor será pago diretamente pela Previdência Social e consistirá:

- I – em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica;
- II – em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial;
- III – em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas (contribuinte individual e facultativa).

A norma também se aplica à segurada desempregada, desde que mantida a qualidade de segurada na forma prevista no art. 13 do Decreto n. 3.048/1999. Quanto ao prazo para o pagamento do benefício, indica a legislação que ele deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. A segurada aposentada que retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade (arts. 103 e 93 do Decreto n. 3.048/1999).

O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade, consoante art. 102 do Decreto n. 3.048/1999. Quando ocorrer incapacidade em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento, ou terá sua data de início adiada para o primeiro dia seguinte ao término do período de 120 dias.

Ao longo dos anos de sua existência a licença-maternidade foi objeto de interpretações e previsões legislativas, algumas restritivas, inclusive. Tão logo promulgada a Carta Magna de 1988, em face da dilatação do prazo da licença-

-maternidade, que anteriormente era de 84 dias, para os atuais 120 dias, surgiram posições antagônicas quanto à autoaplicabilidade do art. 7º, XVIII, CR/88.

Por um lado, foi defendida a tese que a licença-maternidade continuava sendo de 84 dias, ao fundamento de que o artigo Constitucional retro articulado, que dilatou a licença da empregada gestante para 120 dias, não era autoaplicável, dependendo de lei regulamentadora. Por essa linha de raciocínio, já que se trata de instituto jurídico de natureza previdenciária, a Constituição de 1988 deveria ter previsto o custeio (art. 195, § 5º, do mesmo texto) – o que não ocorreu.

Afirmavam que, transferir o encargo relativo à diferença entre 120 e 84 dias para o empregador poderia, a médio prazo, constituir fator de segregação profissional entre homem e mulher, já que o trabalho feminino se tornaria mais oneroso. Jurisprudências da época:

O direito à licença-gestante prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, depende de lei regulamentadora, de competência do Congresso Nacional. Agravo a que se nega provimento” (TST – AG-MI – 1/88, Ac. TP 1173/89, DJ de 08.09.89, Seção II, p. 14.311, Rel. Min. Almir Pazzianotto).

LICENÇA-MATERNIDADE. Anteriormente à vigência da Lei n. 8.213/91, que previu o custeio para o salário-maternidade e observado o prazo a que alude o art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a licença-maternidade continuou sendo de 84 dias. É que o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988, que a dilatou para 120 dias, não é autoaplicável; pois, em se tratando de instituto jurídico de natureza previdenciária, a Constituição de 1988 deveria ter previsto o custeio (art. 195, § 5º, da mesma Carta), o que não ocorreu. Neste sentido já se pronunciou o C. TST no AG-MI-1/88, Ac. TP 1173/89, DJ de 8.9.89, Seção II, p. 14.311, Rel. Min. Pazzianotto, LTr 54-1/73. Transferir o encargo relativo à diferença entre 120 e 84 dias para os ombros do empregador poderá, a médio prazo, constituir fator de segregação profissional entre homem e mulher, já que o trabalho feminino se tornará mais oneroso. No mesmo diapasão é a Convenção n. 103 da OIT (art. 4º), ratificada pelo Brasil em julho de 1966. (TRT/RO/5087/91 – Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros).

Entretanto, outra corrente se formou, entendendo que, ao reverso, o inciso constitucional era autoaplicável e que a ausência de legislação previdenciária específica não poderia servir de argumento para a não concessão imediata do direito. É que o direito já vigorava desde a promulgação da Constituição e compreendia não apenas a estabilidade no emprego pelo período de 120 dias, como o pagamento dos salários respectivos, sem o qual ficariam desprovidos

de recurso essencial à sua subsistência tanto a mãe, quanto o recém-nascido, que o legislador pretendeu proteger. Dessa feita, o empregador deveria arcar com o ônus correspondente à ampliação da licença-maternidade, cumprindo assim, a função social que lhe compete e, também por ser obrigação patronal (art. 2º, CLT) até que, futuramente, pudesse ser ressarcido.

Decisões advindas da Justiça Federal nos informavam que o entendimento prevalente naquele ramo de Justiça era que o inciso Constitucional passava a ser aplicável com a Lei n. 7.787, de 30/6/1989, que promoveu alterações na legislação de custeio da Previdência Social (art. 59, ADCT).

A polêmica só cessou quando os arts. 72 e 73 da Lei n. 8.213/1991 previram o salário-maternidade de 120 dias, a forma de seu pagamento e a quem é devido. No tocante ao período anterior à vigência da referida lei, o TST firmou entendimento por meio da Orientação Jurisprudencial n. 44 de que era devido o salário-maternidade de 120 dias, desde a promulgação da CF/88, ficando a cargo do empregador o pagamento do período acrescido pela Carta Magna.

Na temática, importante lembrar que, tratando-se a maternidade de um fato social (não somente por sua grandeza biológica, humanitária, como também, impacto demográfico), deverá ser suportada pela Previdência Social. Nessa exata linha, a OIT se manifestou por meio da Convenção n. 3, revista pela de n. 103, ratificadas pelo Brasil – e que, aliás, inspiraram o legislador ordinário pátrio no capítulo relativo ao trabalho da mulher e, em especial, à proteção à maternidade.

Por outro lado, a Convenção n. 3 da OIT, de 1921, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 423, de 12/11/1935, já proibia que arcasse o empregador com esse ônus, por entender que deveria ser suportado pelo Seguro Social. Nesse ponto, a Convenção não restou cumprida pelo governo brasileiro, que acabou por denunciá-la em dezembro de 1962, após ter sofrido advertência do governo belga¹⁵. Desobrigou-se, pois, de seu cumprimento com a denúncia.

A Convenção Internacional n. 103 da OIT manteve a anterior proibição de que o empregador arcasse com o pagamento da licença-maternidade. Assim, tratou o art. 40 quanto à retribuição da licença-maternidade: “Em nenhum caso o empregador deverá estar pessoalmente obrigado a custear as prestações devidas às mulheres que ele emprega.” Referida Convenção (n. 103) foi ratifi-

15 SUSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à CLT**. p. 404. V. III.

cada pelo Brasil, por meio do Decreto n. 58.820, de 14/7/1966, salvo quanto às domésticas e rurais (art. 7, I, b e c).

O argumento central a inspirar esse último texto indicava “que o sistema de obrigar o empregador a pagar as prestações da maternidade, que é contrário às disposições da Convenção, não só impõe ao empregador uma carga que poderia suportar a comunidade, senão que pode também, como demonstra a experiência, causar sérios prejuízos às mulheres afetadas” (cf. **Revisão do Convênio n. 3 sobre a Proteção à Maternidade**, 1919; **Informe VIII**, Confederação Internacional do Trabalho, 35ª Reunião, Genebra, 1952, p. 7).

Mas, apesar dessas advertências já mencionadas, o legislador brasileiro só cumpriu rigorosamente a norma no ano de 1974, quando transferiu para a Previdência Social o pagamento do salário-maternidade, por meio da Lei n. 6.136, configurando, finalmente, em relevante avanço legislativo sobre a proteção à maternidade.

Todavia, nova tentativa de retrocesso veio com o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20 de 15 de dezembro de 1998, uma vez que, “pretensamente”, estabelecia um teto máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal.

Tanto o art. 14 acima referido quanto o art. 6º da Portaria n. 4.883/1998, que buscava regulamentá-lo, foram objeto de questionamento junto ao STF por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946-5, uma vez que estabeleciam o teto de R\$ 1.200,00 para todos os benefícios previdenciários a partir da data de publicação da Emenda. Em outras palavras, limitava o valor a ser pago pela Previdência Social e o que sobejasse não seria por ela pago.

O STF deferiu, em 29 de abril de 1999, à unanimidade, a liminar da medida cautelar da ADIN n. 1946-5 para, dando interpretação conforme a Constituição ao artigo 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.98, deixar expresso que a citada disposição não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7o. inciso XVIII da Carta Magna, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença. Entendimento em exata consonância com todos os dispositivos legais aplicáveis, em especial a Convenção n. 103 acima mencionada.

2.2. Da Estabilidade da Gestante

A teor da Carta de 1988 vedada restou a dispensa de empregada gestante, desde confirmada a gravidez até 5 meses após o parto – art. 10, II, B, das Disposições Constitucionais Transitórias. Trata-se de uma garantia de emprego à gestante, inclinando-se a jurisprudência para a confirmação objetiva da gravidez e não ao empregador, sob pena de se inverter o escopo legal.

A Súmula n. 244 do TST pacificou o entendimento no que tange à estabilidade provisória da gestante nos seguintes termos:

SÚMULA 244, TST. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

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

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Portanto, “a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”. Também é pacífico o entendimento de que o desconhecimento do estado gravídico não afasta o reconhecimento da referida estabilidade.

No que tange ao regime de trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é inaplicável. E assim se diz porque, apesar de se tratar de um contrato de trabalho por prazo determinado, o TST no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, julgado em 18/11/2019, pelo qual aquele Tribunal decidiu que “É inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n. 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Entendimento esse que deve ser aplicado pelos Tribunais Regionais, por força dos artigos 927, III, e 947, § 3º, do CPC. No entanto, tal entendimento vale apenas para os casos de contratação temporária na forma da Lei n. 6.019/74. Em se tratando de contrato de experiência, que pode evoluir para contrato por prazo indeterminado, caso não haja

iniciativa de ruptura por nenhuma das partes, continua sendo aplicável o item III da Súmula 244, do C. TST.

Em face da decisão do STF no Recurso Extraordinário 629.053, em acórdão de repercussão geral, que fixou a tese consubstanciada no Tema 497, no sentido de que “a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa” interpretações restritivas têm sido exaradas afirmando que a tese afirma dispensa e que dispensa só ocorre em contratos por prazo determinado e, com isto afirmam que o inciso III da Súmula 244 do TST estaria superado.

Entretanto, a leitura atenta do teor da ementa e dos votos proferidos no referido julgamento nos dá a exata dimensão do que estava sendo discutido nos autos de onde se originou a referida tese de repercussão geral: a necessidade ou não de comunicação ao empregador do estado gravídico, mesmo prevista em instrumento normativo. O tema que foi decidido pelo e. STF trata-se da proteção à intimidade da gestante e a não obrigatoriedade de qualquer tipo de comunicação ou exteriorização ao empregador para que se opere a garantia constitucional.

Assim, com todo respeito aos entendimentos em contrário, compreender que a parte final da tese fixada (4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador)) ao mencionar a palavra “dispensa” restringiria a aplicação da tese apenas aos contratos por prazo indeterminado porque em contratos por prazo determinado não há dispensa, é fazer letra morta de todo o teor da própria tese fixada e restringir os direitos constitucionais, inclusive consoante o entendimento sedimentado pela Súmula 244, TST.

Veja-se que a incidência da garantia constitucional já tinha sido examinada pela Corte máxima trabalhista tanto que editada a Súmula 244 do TST, confirmando a sua aplicabilidade aos contratos por prazo determinado aqueles que estão previstos na CLT. A tese do STF se aplica tão somente aos contratos de

trabalho temporários que são regidos por lei esparsa, a Lei n. 6.019/1974 e que, como o próprio nome diz, dizem respeito aos trabalhadores temporários aqueles que são contratados para atendimento de situações específicas, consoante o art. 2º da Lei 6.019/1974. Relembre-se que a CLT não se aplica aos trabalhadores temporários, mas sim a lei específica, seus artigos e incisos. A hermenêutica a ser realizada deve a mais adequada e coerente possível em face das construções do próprio STF, até porque a proteção integral ao nascituro e o não retrocesso social são princípios/normas constitucionais e o estado civilizacional alcançado com a orientação da Súmula 244/TST é inequívoco.

Veja-se a ementa integral uma vez que o direcionamento hermenêutico qualificado pelos princípios constitucionais protetivos nela se encontra:

10/10/2018 PLENÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 629.053 SÃO PAULO. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o *direito à segurança no emprego*, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante. 3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação. 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento

com a fixação da seguinte tese: *A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.*

Tratando-se da proteção à maternidade e à criança, fundados nos princípios da dignidade do ser humano e da proteção à vida (art. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF), a interpretação deve ser no sentido de se conferir maior efetividade aos institutos, possibilitando o desempenho concreto da função social idealizada pelo Constituinte, considerando tratar-se de direitos fundamentais. Jamais o oposto.

Do voto do Ministro Alexandre de Moraes se extraem importantes ensinamentos:

O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. Como ressaltam Canotilho e Vital Moreira, “a individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de carácter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade” (**Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 285). Esse novo e importante significado dos direitos sociais previsto constitucionalmente caracteriza-os como normas de ordem pública, ou seja imperativas, invioláveis e irrenunciáveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista, como apontado por Arnaldo Süsskind, “essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, atinente ao trabalhador, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego e que se não confunde com a transação, quando há *res dubia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho” (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Comentários a Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 1. p. 332. V. 1). A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I, do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa Sob essa ótica, a proteção

contra dispensa arbitrária da gestante, caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quando da criança, pois a *ratio* da norma não só é salvaguardar outros direitos sociais da mulher – como, por exemplo, o pleno gozo do direito a licença maternidade – mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador).

A estabilidade provisória da empregada gestante constitui direito indisponível assegurado pela Constituição da República (art. 10, II, *b*, do ADCT). O fato de a empregada doméstica não ter direito à estabilidade prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal, não afasta a sua pretensão de obter a garantia provisória assegurada às demais empregadas gestantes, notadamente após a Lei n. 11.324/2006, que, acrescentando o art. 4º-A à Lei n. 5.859/1972, expressamente vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O art. 391-A da CLT enuncia que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do art. 10 do ADCT. A garantia estabilitária também se aplica ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção conforme parágrafo único do referido artigo.

Saliente-se que, após a EC 72 de 2/2/13, a jurisprudência passou a ser uníssona quanto ao direito da empregada doméstica a estabilidade provisória, ou seja, à proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa prescrita no art. 10, II, letra *b*, do ADCT.

Havia uma hermenêutica restritiva baseada no inciso I do art. 7º da CR/88 que afirmava que os empregados beneficiados estavam exclusivamente previstos no inciso I, do art. 7º da CR/88, do qual a doméstica fora excluída pela omissão do parágrafo único deste preceito constitucional. A própria existência de um parágrafo único que assegurava à trabalhadora doméstica somente parte dos direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, por si só, externava a cultura escravocrata ainda presente em nossa sociedade. Quando se faz o recorte de raça, gênero e classe social fica ainda mais contundente a

quem a exclusão de direitos importa. E assim se diz porque grande parte da categoria de trabalhadores domésticos no Brasil é mulher, negra e pobre.

Mais de 25 anos após a promulgação da CR/88 a injustiça perpetrada às domésticas começa a ser minorada. Em 2013, o parágrafo único do artigo 7º da CR/88 passou a ter a seguinte redação:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

A Lei Complementar n. 150 de 1º/6/2015, que dispôs sobre o trabalho doméstico em extensão, previu expressamente o direito a licença-maternidade e a estabilidade para a empregada doméstica:

Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Outro ponto que foi motivo de debates no tocante a pedidos ajuizados no Poder Judiciário diz respeito à reintegração e/ou indenização e se é realizado após o prazo estabilitário de 5 meses. A Orientação Jurisprudencial n. 399 desta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais tratou do tema sob a ótica da inexistência do abuso de direito. A saber:

OJ 399 DA SBDI-1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

Acresça-se ao conhecimento, duas jurisprudências oriundas do TST que são lapidares ao adequado entendimento das normas constitucionais e os desafios na exata extração do comando constitucional de seus princípios e valores:

EMPREGADA DOMÉSTICA GRAVIDEZ. GARANTIA DE EMPREGO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. RECUSA EM VOLTAR AO EMPREGO. FACULDADE DA EMPREGADA DE REQUERER A CONVERSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DE REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO EM PERDAS E DANOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO. DIREITO INCONDICIONADO. O artigo 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao vedar a dispensa arbitrária da empregada gestante, o fez de forma objetiva. Tem reiteradamente entendido esta Corte que o legislador constituinte não condicionou o gozo dessa garantia constitucional a que a empregada gestante postule primeiro sua reintegração ou aceite voltar ao emprego caso o retorno lhe seja oferecido por seu empregador, ao defender-se em juízo, sob pena de considerar essa recusa como renúncia ao próprio direito, pois não se pode extrair dessa norma constitucional que seu descumprimento implique necessariamente a reintegração da trabalhadora. Neste feito, conforme delineado na decisão embargada, foram preenchidas as únicas condições previstas pela jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho para que a reclamante fizesse jus à indenização decorrente da estabilidade, que são seu estado gravídico no curso do contrato de trabalho e sua despedida imotivada. Ademais, a nova redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil pela Lei n. 8.952/94, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao mesmo tempo em que explicitou a clara prioridade dada pelo ordenamento jurídico nacional à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer em detrimento de sua tutela meramente ressarcitória – a ser prestada, neste caso, por meio do pagamento da indenização dos valores correspondentes ao período desde a dispensa até a data do término do período estável –, também previu, em seu § 1º, em caráter de exceção e expressamente, que o titular do direito terá a faculdade de requerer conversão da tutela específica em perdas e danos, sem que se possa considerar que o exercício dessa opção pela empregada implicou abuso de direito ou renúncia a esse. Foi essa, aliás, a mesma razão que levou à recente edição da Orientação Jurisprudencial n. 399 desta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *in verbis*: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. Recurso de revista conhecido e provido. MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA n. 126 DO TST. O

pressuposto para a incidência da sanção jurídica prevista no artigo 467 da CLT é a incontrovérsia sobre o montante das verbas rescisórias devidas na data do comparecimento à Justiça do Trabalho, não se justificando se houver controvérsia sobre a existência do direito às parcelas rescisórias ou sobre o respectivo pagamento. No caso concreto, o Regional manteve a exclusão da condenação ao pagamento da multa prevista no artigo 467 da CLT com o fundamento de que houve controvérsia quanto à forma de dispensa da reclamante, que só foi dirimida com a intervenção da Justiça do Trabalho. Nessas condições, não há falar em violação do artigo 467 da CLT, visto que não existiam verbas incontroversas na hipótese em análise. Somente com o revolvimento dos elementos fático-probatórios dos autos, portanto, seria possível afastar a premissa de que se trata de verbas controvertidas, procedimento vedado nesta fase recursal extraordinária, como estabelece a Súmula n. 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR-91300-64.2009.5.02.0481, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 23/08/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DOMÉSTICA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DEFERIMENTO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 10, II, *b*, DO ADCT, E 460, DO CPC. CONTRARIEDADE À SÚMULA n. 244/TST. INOCORRÊNCIA. 1) Nos termos do artigo 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 2) O instituto da estabilidade provisória da gestante consubstancia a expressão do direito social de proteção à maternidade e à infância, alçado ao patamar constitucional (CRFB, artigo 6º, caput), e visa à tutela da trabalhadora grávida e dos direitos do nascituro. 3) **Nesse diapasão, a ausência de pedido de reintegração não obstaculiza o deferimento do pleito indenizatório correlato, tampouco afigura renúncia tácita à estabilidade, porquanto a garantia provisória de emprego da gestante, e a correspondente indenização, revestem-se de indisponibilidade absoluta.** Por conseguinte, restam incólumes os artigos 10, II, *b*, do ADCT e 460, do CPC, não se verificando a apontada contrariedade à Súmula n. 244/TST. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-413-03.2013.5.05.0031, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, DEJT 19/12/2014).

Assim, não há mais nenhuma base, quiçá legal, para qualquer interpretação excludente de direitos a trabalhadora doméstica ou mesmo tratamento diferenciado no contrato de trabalho na residência ou em âmbito residencial.

3. PROTEÇÕES JURÍDICAS EM EXPANSÃO: À MULHER, À GESTANTE E AO TRABALHO DA MULHER

A Consolidação das Leis do Trabalho contém uma seção (V) com 14 artigos em vigor, que se encontra no Capítulo III, do Título III, “Das normas especiais de tutela do trabalho”, sobre a proteção à maternidade. As penalidades administrativas ante os descumprimentos das normas capítulo III encontram-se previstas no art. 401 do mesmo dispositivo legal.

Estabelece o art. 391 da CLT que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez; proibindo, em seu parágrafo único, a inclusão em regulamentos de qualquer natureza, convenções coletivas ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

À empregada grávida é proibido o trabalho durante os 120 dias da licença-maternidade, podendo a referida licença ser iniciada no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste. Em casos excepcionais, mediante atestado médico, o período de repouso antes e depois do parto pode ser aumentado de mais duas semanas (art. 391, § 2º, da CLT).

O salário-maternidade somente será devido pela Previdência Social enquanto existir a relação de emprego (art. 97 do Decreto n. 3.048/1999) e, em caso de atividades concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada atividade para a qual tenha cumprido os requisitos exigidos e observadas condições:

I – na hipótese de uma ou mais atividades ter remuneração ou salário de contribuição inferior ao salário-mínimo mensal, o benefício somente será devido se o somatório dos valores auferidos em todas as atividades for igual ou superior a um salário-mínimo mensal; II – o salário-maternidade relativo a uma ou mais atividades poderá ser inferior ao salário-mínimo mensal; e III – o valor global do salário-maternidade, consideradas todas as atividades, não poderá ser inferior ao salário-mínimo mensal. (art. 98, Decreto n. 3.048/1999)

Em caso de parto antecipado, a mulher terá sempre direito aos 120 dias previstos no artigo 93, § 4º, do Decreto n. 3.048/1999.

Verificando-se **aborto não criminoso**, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas – art. 395, CLT e art. 91, § 3º, do Decreto n. 3048/99. Há críticas na doutrina quanto à expressão

utilizada pela CLT, trazendo para o campo trabalhista uma qualificadora que diz respeito a crime previsto no Código Penal. Mas parece ter sido exatamente a ideia da CLT: só terá direito ao repouso no caso de aborto não criminoso (lícito, digamos assim).

Quanto ao aborto ser criminoso ou não, há debate profundo na doutrina trabalhista quanto à manutenção da caracterização “não criminoso” no texto consolidado, uma vez que a jurisprudência do STF tem realizado interpretação descriminalizante de modo a não considerar como crime o aborto em determinadas situações.

O Direito Penal brasileiro, historicamente, pune a prática do aborto, como regra, admitindo-a apenas em três situações excepcionais: perigo à vida da gestante; gravidez resultante de estupro; inviabilidade do feto por anencefalia. As duas primeiras hipóteses permissivas decorrem de originárias disposições legais, ao passo que a derradeira veio acrescida por norma jurisprudencial emanada do STF.

Sobre o tormentoso tema, destacam-se duas ementas importantes para a interpretação na temática:

Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. **Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre.** Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprimento pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, **é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.** 4. **A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que**

homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. **A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.** 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

(HC 124306, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017)

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (ADPF 54, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011).

Assim sendo, é perfeitamente possível que, diante da interpretação do STF em relação à não tipificação de crime em caso de aborto que, tanto o INSS, quanto a Justiça do Trabalho, venham a decidir sobre pedidos de descanso remunerado de duas semanas. A leitura do art. 395 da CLT haverá de ser feita com os olhos na Constituição, bem como nos princípios e valores constitucionais, sem descurar da realidade social brasileira. O dispositivo acima não

pode ser lido como se estivéssemos em 1940 e o STF não tivesse interpretado a matéria face a CR/88. Na temática, estudiosos, Estado e membros de Poder não de analisar a questão sem paixões decorrentes de credos religiosos ou mesmo pessoais, mas sempre com extremo respeito ao outro em sua dignidade e inviolabilidade.

A jurisprudência não tem aplicado à mulher, que sofreu um aborto não criminoso, a estabilidade constitucional (art. 10, II, ADCT). Mas, terá direito ao descanso de duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar a função que ocupava antes do seu afastamento (art. 395 da CLT).

A situação é diversamente interpretada caso tem ocorrido o parto e o feto tenha nascido sem vida (feto natimorto). O art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, ao prever a estabilidade “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, não faz qualquer ressalva ao natimorto. Logo, é forçoso concluir que a garantia provisória ao emprego prevista no referido dispositivo não está condicionada ao nascimento com vida.

A Instrução Normativa n. 77, de 21 de janeiro de 2015, tratou do tema no art. 343, § 5º:

Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos sem lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.

Portanto, não há mais nenhuma exigência de 23 semanas de gestação para a mulher, que deu à luz a um bebê natimorto, ter direito ao salário-maternidade de 120 dias. Para garantir o benefício é necessária a apresentação de um atestado médico comprovando a situação, além da certidão do natimorto.

Significa, portanto, dizer que, atualmente, ocorrendo o evento que **gerou a certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança, independentemente do lapso temporal gestacional, a segurada empregada fará jus à percepção do salário maternidade de 120 dias** e via de consequência à estabilidade provisória de cinco meses após o parto, devendo o empregador tomar as providências cabíveis, já que é dele a responsabilidade do referido enquadramento e concessão, nos termos da legislação vigente.

Importante frisar que o fato da criança ter nascido morta (natimorto), ou ter morrido após o parto seja por algumas horas, dias, semanas etc., **não** retira da empregada o direito nem à percepção do salário-maternidade pelo prazo de

120 dias nos termos do § 5º do art. 343 da IN n. 77 de 2015 INSS/PRES, nem à estabilidade provisória de cinco meses após o parto nos termos do artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT, que assim dispõe: “II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”, fato esse pacificado tanto na doutrina como na jurisprudência trabalhista.

O aborto espontâneo (não criminoso), por sua vez, difere da situação supra eis que na ocorrência desse evento **não** há parto. O mesmo é certificado mediante emissão de atestado médico com indicação específica da ocorrência do aborto e sua respectiva causa. A empregada gestante que sofre aborto espontâneo tem garantido a percepção de salário-maternidade de duas semanas (§ 4º do art. 343 da IN n. 77 de 2015 do INSS/PRES) e estabilidade de emprego por igual prazo, qual seja, duas semanas nos termos do art. 395 da CLT, repita-se.

Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado, o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade, ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou do seu abandono (art. 392-B da CLT).

Mediante atestado médico, poderá a mulher grávida mudar de função (art. 392, § 4º), romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que prejudicial à gestação (art.394 da CLT).

Os incisos II e III do art. 394-A da CLT acrescidos pela Lei n. 13.467/2017 foram considerados inconstitucionais conforme ADI 5.938 julgada pelo STF, cuja ementa assim declarou:

DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. 1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por

meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente. (ADI 5938, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2019, Processo Eletrônico DJe-205 DIV. 20-09-2019 PUB. 23-09-2019)

Portanto, sem prejuízo de sua remuneração, incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em grau máximo enquanto durar a gestação (art. 394-A, I, da CLT). Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, com previsão de compensação por ocasião dos recolhimentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salário e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (§ 2º do art. 394-A da CLT)

Prevê a legislação celetista pós-reforma trabalhista que, quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput do art. 394-A exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade durante todo o período do afastamento (§ 3º do art. 394-A da CLT).

Para a amamentação do próprio filho, até que este complete seis meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um. Se exigir a saúde do filho, o período de seis meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. Referidos horários de descanso deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador – art. 396, § 1º e § 2º da CLT. A ausência da apresentação do acordo individual para a fruição do intervalo para amamentação, conforme previsto no § 2º, do art. 396, não obstaculiza o direito da gestante ou lactante. O intervalo de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT.

INTERVALO DESTINADO À AMAMENTAÇÃO. DIREITO DA **MULHER** E DO NASCITURO. NÃO CONCESSÃO. PAGAMENTO DO PERÍODO COMO HORA EXTRA FICTA. 1. O artigo 396, da CLT, dispõe: “Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a **mulher** terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um”. 2. Caso descumprida a imposição legal, devido o pagamento dos períodos, como hora extra ficta, com reflexos, aplicando-se o artigo 71, § 4º, da CLT, em sua redação anterior à Lei n. 13467/17. Ao dispositivo legal deve ser acrescido o entendimento consubstanciado na súmula 437, do TST. 3. Se concedidos os intervalos regularmente, deveria a recorrida comprovar o fato, considerando a sua melhor aptidão probatória e por se tratar de fato extintivo do direito alegado pela obreira. 4. Há tratamento constitucional especial e protetivo da **mulher** e, especialmente, com absoluta prioridade, ao nascituro, sendo dever da família, da sociedade e do Estado, protegê-lo de toda forma de negligência, **discriminação**, exploração, violência, crueldade e opressão, nos termos do art. 227, da CR/88. Ademais, a Convenção da OIT, n. 3, ratificada pelo Brasil, traça diretrizes para proteção das mulheres nos períodos antecedente e posterior ao parto, tendo, como objetivo principal, a proteção à maternidade. 5. Recurso ordinário conhecido e provido no aspecto. (Processo 0011607-08.2017.5.03.0001. Relatora Des. Paula Oliveira Cantelli. Disponibilizado em 16/30/2018)

Os locais destinados à guarda dos filhos das empregadas, durante o período de amamentação, deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (art. 400 da CLT).

Nossa legislação prevê que, nos estabelecimentos em que trabalham pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade, haverá um local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, seus filhos no período de amamentação. Desde que existam creches distritais, mantidas diretamente ou mediante convênios, com entidades públicas e privadas, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais, a exigência poderá ser suprimida – art. 389, § 1º e § 2º, e 397 da CLT.

Em pese possuir a CLT um capítulo específico para a proteção do trabalho da mulher, vários dispositivos encontram-se sem aplicação real, tanto em face do desajuste da lei à realidade brasileira, como também pela falta de elementos necessários à eficiente fiscalização.

Saliente-se ser crucial a participação do homem, junto à mulher, na vida familiar e educação dos filhos. Assim, a proteção à paternidade exsurge como fator de contribuição para a extinção da discriminação da mulher em função da maternidade.

A Constituição Cidadã de 1988, mesmo que timidamente, instituiu a licença paternidade. Tal licença já vem sendo estudada e instituída por várias nações, em face do alcance de ordem emocional (desenvolvimento de maiores laços afetivos) na família.

A previsão constitucional é de uma licença de cinco dias, período que se inicia no primeiro dia útil após o nascimento da criança. No entanto, se a empresa estiver cadastrada no programa Empresa Cidadã, o prazo será estendido para 20 dias (cinco dias, prorrogáveis por mais 15 dias).

De qualquer forma merece ser salientado que existirão reflexos também em matéria de diminuição ou eliminação da desigualdade de custos da mão de obra feminina e masculina.

3.1. Medidas de cuidados e proteção às infâncias: programa empresa cidadã e a possibilidade de prorrogação das licenças parentais

O Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei n. 11.770/2008 e regulamentado pelo Decreto n. 7.052/2009, destina-se a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade e por 15 dias, além dos cinco já estabelecidos a duração da licença-paternidade (Lei n. 13.257/2016).

A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que seja solicitada até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade.

A extensão do benefício também será concedida ao empregado da pessoa jurídica incluída no Programa, desde que solicitada no prazo de dois dias úteis após o parto e de que seja comprovada a participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável pelo empregado.

A prorrogação do salário-maternidade terá início no dia subsequente ao término da vigência do benefício de que tratam os arts. 71 e 71-A da Lei n. 8.213/1991 e será devida, inclusive, no caso de parto antecipado.

A ampliação do benefício também se aplica à empregada de pessoa jurídica que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, pelos seguintes períodos:

- I – por 60 (sessenta) dias, quando se tratar de criança de até 1 (um) ano de idade;
- II – por 30 (trinta) dias, quando se tratar de criança a partir de 1 (um) até 4 (quatro) anos de idade completos; e
- III – por 15 (quinze) dias, quando se tratar de criança a partir de 4 (quatro) anos até completar 8 (oito) anos de idade.

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade, a empregada e o empregado terão direito à remuneração integral. Entretanto, no período de licença-maternidade e licença à adotante, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada, salvo nos casos de contrato de trabalho simultâneo firmado previamente. É vedada, ainda, a matrícula da criança em creche ou organização similar.

3.2. As práticas discriminatórias de gênero

No árduo caminho para a efetividade da igualdade jurídica, entrou em vigor a Lei n. 9.029 de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Estabelece em seu artigo primeiro a proibição de adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para o efeito de acesso a relação de emprego ou sua manutenção, por motivo de sexo, entre outros.

Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). (art. 2º da Lei 9029/95).

Restaram especificadas as práticas discriminatórias que constituem crime, inclusive com a pena correspondente delimitada. Todavia, **o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde, não são consideradas práticas discriminatórias**, conforme texto legal incidente.

O legislador pátrio buscou acolher tendência contemporânea de planejamento familiar, excluindo-a da condição discriminatória delituosa. A discriminação é, pois, delito; não o será, contudo, a oferta de educação, com as possibilidades de alcance de patamar informado e decisório com o conhecimento para a decisão livre.

Sem embargo das sanções penais, as infrações discriminatórias são passíveis de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência, além da proibição de obter empréstimos ou financiamento junto às instituições financeiras oficiais.

Impende notar que a referida lei prevê uma **faculdade** ao empregado, na hipótese de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório. Pode o obreiro optar entre a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais ou a percepção, em dobro, da remuneração do período do afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais.

Depreende-se avanço da legislação em face da proteção ao empregado diante do rompimento abrupto da relação de trabalho por ato discriminatório. Entretanto, resta-nos claro que, obviamente, o que a lei está combatendo é a discriminação. A simples ruptura do contrato de trabalho sem a prova da dispensa por ato discriminatório não autoriza a reintegração ou a indenização simples, conforme legislação e jurisprudência incidentes.

Ressalte-se que mister a prova da presença de discriminação, ônus do autor, sendo certo que a prova é do fato positivo (presença de discriminação), jamais do negativo (ausência de ato segregacionista). Impossível fazer-se uma leitura da referida legislação com extensão absoluta, ou seja, toda dispensa de gestante é ato discriminatório: é imprescindível, como já se salientou, a prova da segregação. A se acolher tese diversa, impossível restaria a ruptura contratual pelo empregador de pacto feminino.

Certo é que Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, relacionada com a discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, entre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A distinção provoca a exclusão que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de admissão no emprego.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de “diferençar, distinguir, discernir, estabele-

cer diferenças". (**Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 2. ed. 31. impressão. Rio de Janeiro, 1986). Observa Márcio Túlio Viana, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivos *numerus clausus* de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o legislador já deixara "de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI)". (Proteção contra atos discriminatórios. *In: O que há de novo em direito do trabalho*, p. 97).

Ora, se, por um lado o ordenamento jurídico brasileiro permite a rescisão contratual sem justa causa, por outro, esse direito não possui tónus absoluto, encontrando limite no princípio da não discriminação, art. 1º da Constituição da República. Nosso Texto Constitucional possui como um dos seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ademais, o art. 193, da Carta Magna estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

A Lei n. 9.799/1999 acresceu à CLT, o art. 373-A. Excluindo situações legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

- I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;
- II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;
- IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;
- V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez
- VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Como não poderia deixar de ser, a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher, não estão vedadas pelo art. 373-A da CLT.

A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não se justificando, em hipótese alguma a redução dos salários (art. 377 da CLT).

Para a garantia de emprego à gestante, a jurisprudência tem-se inclinado para a confirmação objetiva da gravidez e não ao empregador. Todavia, na hipótese de indenização ou readmissão por ato discriminatório, não nos parece que baste a confirmação objetiva, sendo mister a ciência do empregador para que se possa averiguar se houve ou não ato segregacionista do empregador.

Indagações surgem quando se busca pensar na concretude dos casos: qual seria o *dies ad quem* para cômputo do período de afastamento com o fito de estabelecer a indenização pertinente? Seria a data do passado em julgado da decisão, a data da prolação da decisão de 1º ou 2º grau ou seria a data de ajuizamento da ação? De qualquer forma, não pode ser olvidado que a demora no ajuizamento da demanda poderá ser entendida como renúncia ao direito, até porque, invocando a Convenção n. 158 da OIT tal ajuizamento há de ser exercido em um prazo razoável (Seção “C”, número 3).

4. NORMATIVOS INTERNACIONAIS, IGUALDADE E RELAÇÕES DE TRABALHO NACIONAIS

A luta pela defesa da igualdade de direitos e oportunidades para as mulheres não é recente e tampouco é nova. Em todos os períodos históricos sempre houve mulheres (e homens) que se posicionaram contra as injustiças e desigualdades; o que se alterou ao longo do tempo foram os termos, as estratégias adotadas e, principalmente, a visibilidade dessas reivindicações.

Existem ao menos três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de

justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios)¹⁶.

Gradativamente, surgiram instrumentos internacionais a delinear a concepção material da igualdade, concebendo a igualdade formal e a igualdade material como conceitos distintos, mas inter-relacionados. Transita-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Nancy Fraser afirma que a justiça exige, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento de identidades e representação. Como atenta a autora: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o status na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em função de status.”¹⁷ Há de se combinar a redistribuição igualitária com o reconhecimento não hierárquico. Para o acesso à justiça via direitos há de rejeitar o etnonacionalismo excludente, como também o individualismo liberal-meritório. Sem uma política fortemente igualitária de distribuição a uma política de reconhecimento substancialmente inclusiva, sensível à classe. O caráter tridimensional da justiça inclui a representação que, segundo Fraser, há um grande papel a ser desempenhado pelos sindicatos recuperados e reimaginados, bem como pelos partidos políticos e movimentos sociais¹⁸.

A contribuição das vertentes feministas para o processo de construção histórica dos direitos humanos das mulheres encontrou campo fértil para sua

16 PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.

17 Segundo Nancy Fraser: “O reconhecimento não pode se reduzir à distribuição, porque o *status* na sociedade não decorre simplesmente em função da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não consegue tomar um taxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode se reduzir ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente da função de *status*. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Neste caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo concepção bidimensional da justiça. Esta concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma à outra, abarca ambas em um marco mais amplo”. FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. In: UNESCO. *Informe mundial sobre la cultura – 2000-2001*. [s.l.]: Ediciones Unesco, 2001.p. 55-56.

18 FRASER, Nancy. **O velho está morrendo e o novo não pode nascer**. 2020, São Paulo: Autonomia Literária, [s.d.].

aplicação e continua a ecoar. É possível elencar a partir de uma apreciação histórica os principais documentos e marcos legais no Brasil que serviram de fundamento e de orientação para as ações políticas concernentes aos movimentos feministas em busca de equidade de condições diante e em relação aos homens.

1. **DECRETO n. 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.
2. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948.** O documento (Resolução 217 A III) foi aprovado pela Assembleia Nacional das Nações Unidas em 1948, em momento de reestruturação da ordem mundial pós-Segunda Grande Guerra e serviu de base para a redação de várias cartas constitucionais em todo o mundo, entre elas a atual Constituição Federal brasileira.
3. **DECRETO n. 31.643, DE 23 DE OUTUBRO DE 1952.** Promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, assinado em Bogotá, a 2 de maio de 1948.
4. **DECRETO n. 52.476, DE 12 DE SETEMBRO DE 1963.** Promulga a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotado por ocasião da VII Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas.
5. **DECRETO n. 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.
6. **DECRETO n. 1.973, DE 1º DE AGOSTO DE 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.
7. **DECRETO n. 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. É também chamada de **Convenção da Mulher – CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)**.
8. **DECRETO n. 10.088, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. – CONVENÇÃO n. 100 – CONVENÇÃO n. 103 – CONVENÇÃO n. 111 – CONVENÇÃO n. 156 – CONVENÇÃO n. 171.
9. **DECRETO n. 592, DE 6 DE JULHO DE 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.
10. **DECRETO n. 4.316, DE 30 DE JULHO DE 2002.** Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

À luz da internacionalização dos direitos humanos é preciso destacar instrumentos internacionais que endossaram a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

A Declaração de Filadélfia de 1944 afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais.

Já a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 em seu artigo 2º estatui que todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Portanto, a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na referida Declaração.

Entre os anos de 1949 e 1962, pode-se elencar uma série de tratados que incluíram temas afetos a mulheres: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); a Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Esses tratados visavam à proteção e à promoção dos direitos das mulheres em áreas consideradas particularmente vulneráveis.

Em vigor desde 1981, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979 é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. É também chamada de Convenção da Mulher – CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*).

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano.

A CEDAW possui duas frentes: promover os direitos das mulheres na busca da igualdade de gênero e promover ações contra todas e quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte.

No Brasil, a Convenção foi ratificada apenas em 1984 e, mesmo assim, com reservas aos artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h). Os artigos 15 e 16 estabelecem os direitos civis das mulheres, explicitando seus direitos à liberdade de movimento, de escolha de residência e domicílio e estabelece, detalhadamente, seus direitos nos assuntos relativos ao casamento e às relações familiares.

Sobre o Acesso à Justiça das mulheres, há uma recomendação geral de n. 33 de 2015 do Comitê CEDAW que determina que o direito de acesso à justiça para as mulheres é essencial à realização de todos os direitos protegidos pela Convenção da Mulher (Cedaw). Sendo um elemento fundamental do Estado de Direito, o direito de acesso à justiça é multidimensional, abarcando a justiciabilidade, a disponibilidade, a acessibilidade, a boa qualidade, a provisão de remédios para as vítimas e a prestação de contas dos sistemas de justiça.

Foi constatada uma série de obstáculos e restrições que impedem as mulheres de exercer o seu livre direito de acesso à justiça, devendo os Estados-parte enfrentar os estereótipos de gênero, leis discriminatórias, procedimentos cegos às questões de gênero e a falha na garantia de plena justiciabilidade para todas as mulheres. O Comitê também verificou que existem falhas em se garantir de forma sistemática que os mecanismos judiciais sejam física, econômica, social e culturalmente acessíveis a todas as mulheres. Afirmam que é preciso garantir a oferta de serviços de assistência jurídica e judiciária gratuita, preferencialmente por meio de instituições independentes; e ao oferecimento de recursos humanos, técnicos e financeiros adequados essenciais para garantir um sistema de justiça acessível às mulheres.

A Recomendação 33 detectou que os marcadores sociais da desigualdade atuam de forma **interseccional** e dificultam ainda mais o acesso das mulheres aos seus direitos, elencando-os:

[...] etnia/raça, condição de indígena ou minoria, cor, situação socioeconômica e/ ou casta, língua, religião ou crença, opinião política, origem nacional, estado civil e/ou maternal, idade, localização urbana/rural, estado de saúde, deficiência, titularidade das propriedades e identidade como mulher lésbica, bissexual ou transgênero ou pessoa intersexual.

Há um longo caminho a ser percorrido no Brasil e no mundo no tema do acesso à justiça às mulheres.

A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Essa concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995. Ao assim afirmar, deu visibilidade aos direitos humanos das mulheres e das meninas, em expressa alusão ao processo de especificação do sujeito de direito e à justiça enquanto reconhecimento de identidades. Nesse cenário, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social¹⁹.

As primeiras normas de tutela aos direitos laborais das mulheres foram as Convenções da OIT de ns. 3 e 4, todavia não mais se encontram em vigor no Brasil.

As normas da OIT tratam da igualdade de gênero de diferentes formas. Algumas se referem especificamente à igualdade e à não discriminação, e a mulheres ou a homens, como, por exemplo, as Convenções sobre igualdade de remuneração entre homens e mulheres, de 1951 (n. 100), proteção da maternidade, de 2000 (n. 183), cessação do contrato de trabalho, de 1982 (n. 158), e política de emprego, de 1964 (n. 122).

Outras normas são sensíveis à dimensão do gênero, ou seja, são normas que levam em consideração as necessidades das mulheres e dos homens – embora não mencionem explicitamente homens e mulheres, como, por exemplo, as Convenções sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, de 1981 (n. 156), eliminação das piores formas de trabalho infantil, de 1999 (n. 182), trabalhadores a tempo parcial, de 1994 (n. 175), e trabalhadores no domicílio, de 1996 (n. 177), bem como uma série de normas que tratam de condições de trabalho, como segurança, e segurança e transporte. A Convenção fundamental de n. 111 acolhe os dois grupos, pois aborda a discriminação e, conseqüentemente, a igualdade de gênero, embora não trate exclusivamente da discriminação com base no sexo.

Um terceiro grupo de Convenções abrange normas técnicas, cujos textos dizem respeito a todos, ainda que possam conter especificidades quanto ao gênero na sua aplicação, como, por exemplo, nos dados e utilização de estatís-

19 PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.

ticas. Abrangem áreas como o pagamento de salários, os acidentes de trabalho e as lesões profissionais, a duração de trabalho e a segurança social.

A OIT designou quatro Convenções como instrumentos-chave para alcançar a igualdade de gênero no mundo do trabalho:

- Convenção sobre Igualdade de Remuneração, de 1951 (n. 100);
- Convenção sobre Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958 (n. 111);
- Convenção sobre Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, de 1981 (n. 156);
- Convenção sobre Proteção da Maternidade, de 2000 (n. 183).

O Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, e que entrou em vigor em 6 de maio de 2020, consolidou os atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Entre as que estão em vigor e que dizem respeito especificamente ao trabalho da mulher, temos:

- 1) Convenção n. 45 da OIT relativa ao emprego das mulheres nos trabalhos subterráneos nas minas de qualquer categoria (firmada em Genebra em 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu na mesma cidade, de 4 a 25 de junho de 1935; aprovada pelo Decreto-Lei n. 482, de 8 de junho de 1938; ratificado em 21 de julho de 1938; instrumento de ratificação depositado no Secretariado da Liga das Nações em 22 de setembro de 1938; e promulgada em 3 de novembro de 1938);
- 2) Convenção n. 89 da OIT relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres Ocupadas na Indústria (revista em 1948; adotada pela Conferência em sua Trigésima Sessão – São Francisco, 17 de junho de 1948; aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956; e promulgada em 25 de junho de 1957);
- 3) Convenção n. 100 da OIT concernente à Igualdade de Remuneração para a Mão de Obra Masculina e a Mão de Obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor (adotada pela Conferência em sua Trigésima Quarta Sessão, em Genebra, 29 de junho 1951; aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956; e promulgada em 25 de junho de 1957);
- 4) Convenção n. 103 da OIT relativa ao amparo à maternidade (revista em 1952; adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, por ocasião da Trigésima Quinta Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho; com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII; aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30 de abril de 1965; entrada em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, em 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou em 18 de junho de 1965; e promulgada em 14 de julho de 1966);

5) Convenção n. 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão (adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua quadragésima segunda sessão, em 25 de junho de 1958; aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24 de novembro de 1964; entrada em vigor, em relação ao Brasil, de conformidade com o artigo 8, parágrafo 3º, em 26 de novembro de 1966, isto é, doze meses após o registro do instrumento brasileiro de ratificação efetuado pela Repartição Internacional do Trabalho em 26 de novembro de 1965; e promulgada em 19 de janeiro de 1968).

Como se depreende do elenco acima, duas das quatro convenções centrais, para alcançar a igualdade de gênero no mundo do trabalho, não estão em vigor no Brasil, não tendo sido ratificadas, a saber:

- 1) Convenção sobre Trabalhadores com Responsabilidades Familiares, de 1981 (n. 156);
- 2) Convenção sobre Proteção da Maternidade, de 2000 (n. 183)

Dois instrumentos centrais, nas palavras da OIT, estão em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, as de números 100 e 111 relativas à erradicação de discriminação no emprego:

- 1) CONVENÇÃO n. 100 DA OIT: I – Aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1951), entrou em vigor no plano internacional em 23.5.53. II – Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 24, de 29.5.56, do Congresso Nacional; b) ratificação = 25 de abril de 1957; c) promulgação = Decreto n. 41.721, de 25.6.57; d) vigência nacional = 25 de abril de 1958.
- 2) CONVENÇÃO n. 111 DA OIT: I – Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60. II – Dados referentes ao Brasil: a) aprovação = Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.64; b) ratificação = 26 de novembro de 1965; c) promulgação = Decreto n. 62.150, de 19.1.68; d) vigência nacional = 26 de novembro de 1966.

Como se sabe, a simples enunciação formal dos direitos das mulheres não lhes confere automaticamente a efetivação de seu exercício. Este depende de ações dos três poderes: do Poder Legislativo, na adequação da legislação nacional aos parâmetros igualitários internacionais; do Poder Executivo, na elaboração de políticas públicas voltadas para os direitos das mulheres; e, por fim, do Poder Judiciário, na proteção dos direitos das mulheres e no uso de convenções internacionais de proteção aos direitos humanos para fundamentar suas decisões.

5. REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- BRUSCHINI, Cristina. Teoria Crítica da família. *In*: AZEVEDO, Maria Amélia, GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). **Infância e Violência Doméstica**: fronteiras do conhecimento. São Paulo: Cortez, 1997. p. 49-77.
- CARDONE, Marly A. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 3, n. 14, p. 23-45, jul./ago. 1978.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Ltr. 2020.
- DONATO, Messias Pereira. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- FERREIRA, Sérgio Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. 31. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FRASER, Nancy. **O velho está morrendo e o novo não pode nascer**. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.
- FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. *In*: UNESCO. **Informe mundial sobre la cultura – 2000-2001**. [s.l.]: Ediciones Unesco, 2001. p. 55-56.
- MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1981. 4 v.
- MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1979.
- OLIVEIRA, Elisa Rezende. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: um cenário de subjugação do gênero feminino. 2012. **Revista de Laboratório de Estudos da Violência da Unesp**, Marília, ed. 9, p. 150-165. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2283/1880>. Acesso em: 26 nov. 22.
- PIMENTEL, Sílvia. Convenções de direitos humanos sobre direitos da mulher. *In*: CAMPI-LONGO, Fernandes Celso; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/527/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-da-mulher->.
- PINHEIRO, Leonardo José Cavalcanti. **O patriarcado presente na contemporaneidade: contextos de violência**. 2008. Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder. Disponível em: <http://docplayer.com.br/68407021-O-patriarcado-presente-na-contemporaneidade-de-contextos-de-violencia-1.html>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.

ROCHA, Osiris. Contratos especiais de trabalho. *In*: MEGANO, Octávio Bueno (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: obra em Homenagem a Mozart Vitor Russomano. São Paulo: Saraiva, 1985, 780 p.

SAMARA, Eni de Mesquita. **O que mudou na Família Brasileira?** (da colônia à atualidade). 2002. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/psicosp/article/view/53500/57500>. Acesso em: 26 nov. 2022.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **A emancipação sócio-jurídica da mulher**. São Paulo: Juris-crédi, [s.d.]. p. 248.

SENA, Adriana Goulart de. Trabalho da Mulher. **Curso de direito do trabalho**: estudos em memória de Célio Goyata. 3. ed. Coord. Alice Monteiro de Barros. São Paulo: Ltr, 1997.

VIANA, Márcio Tulio. Proteção contra atos discriminatórios. *In*: **O que há de Novo em Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2012.

VIANNA, J. Segadas, SUSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Ltr, 1991, 2 v.

**DIREITO À IGUALDADE
E PROTEÇÃO CONTRA A
DISCRIMINAÇÃO:
PROMOÇÃO E RESGUARDO
DA DIGNIDADE HUMANA
MEDIANTE O COMBATE À
DISPENSA ABUSIVA PELA
LEI n. 9.029 DE 1995**

Sergio Torres Teixeira

Sergio Torres Teixeira é doutor em Direito (UFPE, 2004), desembargador do Trabalho do TRT da 6ª Região, professor associado IV da FDR/UFPE e professor adjunto IV da Unicap, Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 6ª Região e pesquisador-líder do Grupo de Pesquisa LOGOS: Processo, Hermenêutica e Tecnologia.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, ao disciplinar os deveres do juiz relacionados à aplicação do ordenamento jurídico, estabeleceu como prioridade máxima o resguardo e a promoção da dignidade humana.²⁰

No âmbito das relações de trabalho, a forma mais repugnante de violar a dignidade humana de um empregado é por meio de um tratamento discriminatório que gera sequelas materiais e imateriais, especialmente quando o ato de distinção ilegítima resulta no rompimento do contrato de trabalho de um hipossuficiente cuja subsistência dependia de tal vínculo de emprego.

Até recentemente, inexistia, na legislação trabalhista brasileira, qualquer dispositivo destinado a disciplinar de forma minuciosa a dispensa discriminatória.

Em meados da década de 1990 do século passado, contudo, o legislador pátrio editou uma lei cuja finalidade, dentro do âmbito laboral, foi vedar a prática discriminatória na admissão e na dispensa de empregados.

A Lei 9.029, de 13 de abril de 1995²¹, assim, introduziu modalidades novas de proteção à relação de emprego mediante dois instrumentos distintos. Um, destinado a promover a inibição da prática da dispensa discriminatória mediante a imposição de uma indenização pecuniária. Outro, com o objetivo de efetivamente vedar a despedida fundada em motivo discriminatório.

Ambos os institutos, assim, almejam atingir o ato resilitório quando a respectiva despedida implica a violação ao dever de não discriminar, esculpido na Constituição de 1988 como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no inciso IV do seu artigo 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e como direito social dos trabalhadores no inciso XXX do seu artigo 7º (“proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”).

Enquanto o artigo 1º da Lei n. 9.029/1995 estabelece que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóte-

20 Artigo 8º do CPC/2015: Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

21 Vigência a partir de 14 de abril de 1995.

ses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal” o seu artigo 4º assegura ao empregado, em caso de “rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei”, a faculdade de optar entre o restabelecimento do vínculo empregatício ou “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais”²².

Caracterizada a dispensa por ato discriminatório (via de regra por meio de processo judicial ajuizado pelo obreiro mediante ação trabalhista), a Lei 9.029 de 1995 assegura ao empregado o direito de optar pela invalidação da despedida, com o conseqüente retorno do obreiro ao seu antigo posto empregatício.

Caso escolha a segunda opção, entretanto, além da indenização compensatória prevista na Lei n. 8.036/1990, o empregado, vítima da discriminação, perceberá uma indenização especial, correspondente a duas vezes a remuneração devida durante o período compreendido entre a dispensa e a declaração judicial da prática discriminatória, devidamente atualizada²³.

Tal indenização especial, destarte, revela uma finalidade igualmente peculiar. Destina-se a coibir a dispensa abusiva, praticada com fundamento em motivo discriminatório.

Por ser a despedida discriminatória uma dispensa especialmente abusiva, contrária aos mais elementares princípios sociais, os prejuízos provocados por sua prática transcendem à relação de emprego, atingindo interesses de toda a coletividade. Com a sua prática, não apenas o empregado discriminado, mas

22 O texto original da primeira parte do *caput* do artigo 4º da Lei n. 9.029/1995 tinha a seguinte redação: **O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre**. A Lei 12.288 de 2010, no entanto, alterou o texto para incluir, expressamente, a previsão de que opção entre o restabelecimento da relação de emprego e uma indenização reparatória não excluía o direito do empregado a uma indenização por danos morais decorrentes do constrangimento provocado pela discriminação caracterizada no ato da dispensa. A nova redação, destarte, alterou o texto para o seguinte: **O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:**

23 Há controvérsia acerca do *dies ad quem* do período a ser levado em consideração para efeito de cálculo do montante devido a título de indenização reparatória. O artigo 4º. da Lei n. 9.029, lamentavelmente, não definiu a respectiva questão. Para uma corrente, o período corresponde ao espaço de tempo entre a dispensa discriminatória e o ingresso em juízo postulando a respectiva verba. Para outros juristas, é devida a remuneração em dobro até a data da prolação da sentença de 1o. grau, reconhecendo a discriminação do empregador. E, por fim, uma terceira corrente entende que o período se encerra apenas com o trânsito em julgado da sentença. A mais razoável, de acordo com o entendimento majoritário, é o da segunda corrente (remuneração em dobro do período entre a dispensa e a prolação da sentença).

igualmente o Estado e a própria sociedade se tornam vítimas de ato contrário aos bons costumes e aos postulados básicos da vida em comum.

Almejando inibir ao máximo a concretização de atos de tal natureza, o legislador pátrio criou uma medida inibitória específica, destinada a obstaculizar a sua efetivação, punir a violação ao dever de todo cidadão de não discriminar, e, ainda, reparar os danos decorrentes de uma conduta nociva ao ideal da vida em sociedade.

O novo instituto corresponde, portanto, a uma medida inibitória fundada na abusividade do ato. E é exatamente por ter um fato gerador de tal natureza, cujo conteúdo difere da causa que enseja o direito à indenização compensatória típica da legislação atualmente em vigor (a multa fundiária prevista na Lei n. 8.036 de 1990), que a sua presença não exclui a percepção desta última. Ambas as modalidades coexistem em perfeita harmonia, sem se confundirem, por revelarem causas e finalidades semelhantes, mas não idênticas.

Tal espécie de indenização especial, entretanto, apenas inibe a prática da dispensa discriminatória mediante a imposição de uma reparação pecuniária.

A outra medida criada pela Lei n. 9.029 de 1995, por sua vez, corresponde a um instituto efetivamente apto a impedir a prática da despedida fundada em motivo discriminatório, ou, ao menos, permitir a invalidação de uma dispensa abusiva em tais moldes, ensejando a restituição do vínculo de emprego ilícitamente desfeito de forma abusiva.

A morfologia deste instrumento de proibição de dispensa fundada em motivo discriminatório e transgressor do direito à igualdade e da própria dignidade humana do trabalhador, assim, será o objeto de estudo do presente texto.

1. DIREITO À IGUALDADE E PROTEÇÃO CONTRA A DISCRIMINAÇÃO

O direito à igualdade resta consagrado, no plano dos instrumentos normativos internacionais, em múltiplos tratados, começando pela principal convenção assecuratória de direitos da pessoa humana, a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Após assegurar no seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, a respectiva convenção de 1948 garante, no item 1 do seu artigo 2º, que “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou

social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. A proteção contra a discriminação, por seu turno, encontra-se prevista no seu artigo 23, ao prever o direito da pessoa ao trabalho e a condições justas e favoráveis de trabalho, além de igualdade salarial sem qualquer distinção.²⁴

No âmbito dos tratados internacionais em matéria laboral, a Convenção n. 111 da OIT²⁵, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e com vigência no território nacional exatamente um ano depois (sendo objeto de promulgação pelo Decreto n. 62.150 de 19.01.1968), inicia a sua missão normativa com a apresentação de um conceito de discriminação no seu artigo 1º, item 1:

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

A regra é cristalina, ao vedar qualquer forma de distinção ilegítima que tenha por alvo violentar igualdade de oportunidades e de tratamento no âmbito das relações de trabalho. O artigo 2º da Convenção n. 111, por sua vez, impõe aos países que ratificaram o tratado o compromisso de “formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”.

Mas e no caso específico de uma dispensa de empregado baseada em causa enquadrada como discriminatória? Há alguma norma específica no ordenamento jurídico brasileiro tratando da questão?

24 Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.sigas.pe.gov.br/files/04092019102510-declaracao.universla.dos.direitos.hmanos.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

25 Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang-pt/index.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

A despedida de empregado por motivo de discriminação representa, evidentemente, uma violação aos princípios da igualdade e da não discriminação, ambos consagrados não apenas nos textos dos instrumentos normativos internacionais anteriormente citados, mas no próprio texto da Constituição da República de 1988.

A Carta Política Brasileira, que no seu artigo 1º estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” como um dos seus objetivos fundamentais, assegura a igualdade e a não discriminação como direitos fundamentais no *caput* e em múltiplos incisos do seu artigo 5º e ratifica tais postulados em diversos incisos do seu artigo 7º ao tratar dos direitos dos trabalhadores.²⁶

Em que consistem exatamente, contudo, tais postulados da igualdade e de não discriminação? O vocábulo igualdade, oriunda do latim *aequalitate*, etimologicamente significa paridade, uniformidade, identidade.

O princípio da igualdade (ou da isonomia) representa um dos cânones de mais difícil tratamento jurídico dentro da seara da moderna ciência do direito. Segundo Alice Monteiro de Barros²⁷, “atribui-se a inserção do princípio da igualdade entre os homens ora aos estóicos, ora ao cristianismo, cabendo a Rousseau admitir a igualdade jurídica na filosofia do séc. XVIII, que triunfou com a Revolução Francesa de 1789”. Nesta, o postulado representou a reação do povo francês à desigualdade traduzida pelos privilégios e regalias desfrutadas pela nobreza e o clero. À luz da Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

26 Constituição da República Federativa do Brasil. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (Acesso em 12.12.2022)

27 **A Mulher e o Direito do Trabalho** 1995, p. 130. Na mesma obra, a professora Alice Monteiro apresenta um breve resumo histórico acerca do princípio da igualdade no contexto da Revolução Francesa, revelando um dado curioso, em que pese ser lamentável. À época da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma francesa de nome Olympe de Gouges apresentou um projeto de Declaração dos Direitos da Mulher, em cujo texto se estabelecia que “A mulher nasce livre e mantém-se igual ao homem no direito. o princípio da soberania reside na nação, ou seja, na reunião dos homens e das mulheres. Todas as cidadãs – iguais diante da lei – devem ser igualmente admitidas em todos os cargos, em todos os postos e empregos públicos, segundo a sua capacidade, sem outra distinção sem ser a sua virtude ou o seu talento”. No espírito da revolução, assim, surgia um movimento feminino na busca pela concretização da regra da igualdade. Ocorre que, no dia 3 de novembro de 1793, Olympe de Gouges foi silenciada pela guilhotina, ficando vedada as organizações de mulheres. Resta evidenciada, leciona Alice Monteiro de Barros, que o princípio consagrado na revolução “traduzia uma reação contra os privilégios da nobreza e do clero oriundos do regime feudal, mas não impediu que outras desigualdades se instalassem no novo regime”..

dão, assim, restou consagrada a ideia de que todos os seres humanos nascem e permanecem iguais em direito.

O conceito de igualdade, entretanto, envolve uma concepção relacional, uma vez que exige uma interpretação comparativa entre os agentes em relação aos quais se almeja aplicar a respectiva regra de isonomia, bem como uma conscientização histórica, já que não pode ser entendido em caráter absoluto, dado à sua estreita vinculação com o momento pelo qual passa a sociedade que o promove. O sentido da isonomia, pois, extrapola a visão simplista de tratamento igualitário, de um homem perante outro ou deste perante a lei.

Não se pode afirmar, com base nas lições de Aristóteles acerca do significado de justiça, que o princípio em tela se resume a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Em tal caso, qual o elemento capaz de distinguir um do outro? O cerne do problema, definir quem são os iguais e quem são os desiguais, continua sem solução em tal contexto. A concepção aristotélica não se revela errônea, merece ser esclarecida, revelando grande valor histórico, mas na prática se demonstra insuficiente para permitir uma visão completa do princípio. Dela não surge um critério definidor da distinção entre o igual e o desigual, tornando necessário procurar outras fórmulas para visualizar a correta manifestação do princípio.

O conteúdo do princípio da igualdade, de igual forma, não se resume à ideia de imposição de “igualdade perante a lei”, tão comum nos textos legislativos. Hans Kelson, na sua **Teoria Pura do Direito**²⁸, leciona que “com a garantia de igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade das aplicações das leis, ou seja, apenas estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas jurídicas. Com isto, porém, nada mais exprime senão o sentido imanente às normas jurídicas”.

Dentro do campo do constitucionalismo clássico, a professora Alice Monteiro de Barros aponta a existência de uma clara distinção entre a ideia de igualdade perante a lei e igualdade na lei²⁹. “Entendia-se como *igualdade perante a lei* a exi-

28 KELSON, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 3ª ed., 1974, p. 204.

29 **A Mulher e o Direito do Trabalho** p. 132.

gência de igualdade na sua aplicação, que se deveria verificar em caráter geral, sem abstração das pessoas por ela atingidas; seria, portanto, uma exigência aos que aplicam a lei ao caso concreto. Como a aplicação da lei não era suficiente, tornou-se necessário que fosse 'criado um direito igual para todos os cidadãos'. Vista sob esse ângulo, a igualdade na lei dirige-se não só aos aplicadores, mas também aos que criam as normas jurídicas".³⁰

30 J.J. Gomes Canotilho (**Direito Constitucional**, 6a. ed., 1993, p. 562), após afirmar que o postulado da igualdade corresponde a um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, leciona que "a afirmação – 'todos os cidadãos são iguais perante a lei' – significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. (...) Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. Mas o que significa 'criação de direito igual'? (...) A fórmula 'o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente' não contém o critério material de um juízo de valor sobre a relação de igualdade (ou desigualdade). A questão pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade? Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um 'fundamento razoável' implica, de novo, o problema da *qualificação* desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um *problema de valoração*. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação bem como a necessidade de encontrar 'elementos de comparação' subjacentes ao carácter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do 'arbítrio' como fundamento adequado de 'valoração' e de 'comparação'; (2) a imprescindibilidade da análise da 'natureza' do 'peso', dos 'fundamentos' ou 'motivos' justificadores de soluções diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade com um direito de natureza apenas 'defensiva' ou 'negativa.'" Conclui o professor Canotilho que "parece-nos correcta a recente evolução da jurisprudência do TC ao afirmar que a teoria da proibição do arbítrio não é um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, antes expressa e limita a competência e controle judicial. Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa. A proibição do arbítrio constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são consagrados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como proibição do arbítrio significa uma autolimitação do juiz, o qual não controla os juízos de oportunidade política da lei, isto é, se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa."

Ao cumprir sua tarefa legislativa, assim, o órgão legiferante igualmente se submete às diretrizes da isonomia. O legislador, entretanto, tem como função exatamente discriminar situações mediante a criação de normas legais. Ao legislar, formula hipóteses abstratas visando atingir determinada finalidade, e, neste processo, alimenta a inclusão de umas e a exclusão de outras pessoas.

Quando uma norma impõe, para o exercício de determinada profissão como a de um salva-vidas, por exemplo, que o empregado esteja em perfeitas condições físicas e seja capaz de nadar em determinado nível, naturalmente ocorre a exclusão de um grupo de pessoas, menos capacitadas fisicamente. Aqueles que não sabem nadar e os que, mesmo sabendo, não gozam de boa saúde, não estariam aptos a seguir a respectiva profissão. Inocorre na hipótese, entretanto, ofensa ao postulado da igualdade, pois a respectiva norma não se revela ofensiva ou, tampouco, ilegítima. Pelo contrário, se revela salutar e lícita, visando atingir uma finalidade social. O professor Celso Ribeiro Bastos, assim, conclui que o respectivo problema somente pode ser solucionado à luz do “binômio elemento discriminador – finalidade da norma”.

É o fim almejado pelo legislador e refletido no conteúdo de uma norma, pois, que a posiciona em consonância ou em dissonância com o princípio da igualdade.

Progressivamente, leciona Alice Monteiro de Barros³¹, “o princípio da igualdade nos sistemas constitucionais de base liberal-democrática adquire dupla característica: de princípio formal de legalidade e de regra material de não discriminação, que vincula o legislador não só quanto à forma externa da lei, mas também quanto ao seu conteúdo”.³²

31 **A Mulher e o Direito do Trabalho** p. 133.

32 Celso Antônio Bandeira de Mello (**Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 1978, p. 23) sustenta que a igualdade é um princípio que revela duas finalidades, propiciar garantia individual contra perseguições e tolher favoritismos. Francisco Gérson Marques de Lima (**Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**, 1997, p. 25) leciona que “De fato, por trás da árvore da igualdade de tratamento se escondem, pelo menos, duas feições do princípio constitucional: deparar perseguições dirigidas contra as pessoas discriminadas, assegurando-lhes ser tratadas como os demais, sem serem menosprezadas por discriminações vedadas pela ordem jurídica ou por valores fundados em análises preconceituosas; bem como, a similitude de reverso de medalha, afastar dessas mesmas pessoas (protegidas contra o discrimine) os favoritismos de que possam se beneficiar em detrimento das outras. Vale dizer, o ordenamento jurídico, de modo equilibrado, protege os indivíduos contra as discriminações, mas tão-só até o limite em que isto baste para igualá-las aos demais, sem deixar, portanto, que esta proteção adquira a magia superprotetiva em detrimento dos interesses dos outrora desequiparados beneficiários. Pois, não fosse movido pelo espírito equalizador, na proteção

O postulado da isonomia, assim, se manifesta no ordenamento jurídico de duas maneiras. Primeiro, de modo formal, com a submissão de todos os atos aos ditames da lei. Segundo, no plano material, pela vedação a qualquer conduta de natureza discriminatória, seja criadora, seja executora, exigência formal quanto ao respeito à legalidade não se limita às fronteiras do campo da isonomia. É inerente a todo o direito positivo, sendo um princípio universal da Ciência Jurídica.

A proibição à discriminação, entretanto, se revela peculiar, sendo a própria essência substancial do postulado da igualdade. É na imposição da regra de não discriminação que se especifica o princípio da igualdade. Tanto que a respectiva diretriz anti-discriminatória é tradicionalmente elevada à categoria de postulado geral, ou seja, de verdadeiro princípio norteador, ainda que como fruto do cânone da isonomia. Em virtude da sua relevância, assim, assume postura de verdadeiro princípio, o postulado da não discriminação, embora vinculado e englobado pelo mais abrangente princípio da igualdade.

O vocábulo discriminação, de origem anglo-americana (discrimination), segundo o **Black's Law Dictionary**, apresenta o seguinte significado:

[...] the effect of a statute or established practice which confers particular privileges on a class arbitrarily selected from a large number of persons, all of whom stand in the same relation to the privileges granted and between whom and those favored no reasonable distinction can be found. Unfair treatment or denial of normal privileges to persons because of their race, age, sex, nationality or religion. A failure to treat all persons equally where no reasonable distinction can be found between those favored and those not favored. ³³

Significa, assim, uma distinção ilegítima ou uma diferenciação injusta³⁴.

jurídica inverter-se-ia o pólo da desequiparação e findaria legitimado, às avessas, o discrimine, desta feita com o aparato coercitivo estatal”..

33 6ª ed., 1990, p. 467.

34 No **Novo Dicionário Aurélio** (1ª ed., p. 480), discriminar, do latim *discriminare*, é definido como sinônimo de “diferenciar, distinguir, discernir”. Francisco Gérson Marques de Lima (**Igualdade de Tratamento nas Relações de Trabalho**, p. 33), por sua vez, esclarece que “Apesar desses significados de *discriminação*, na verdade o vocábulo tem, na órbita empírica, afeição conotação pejorativa, ultrapassando e indo além do sentido de, simplesmente, *ato de discriminar, distinção, separação* etc. O uso popular, por força da evolução natural da língua, tem-lhe imposto, em acréscimo, o emprego de locuções e expressões adjetivadas ou adjetivadoras, mesmo implicitamente, de tal modo que, hoje, *discriminação* tem o sentido de *ato de discriminar ou diferenciar com pejoração, sem pertinência lógica ou preconceitosamente, para eliminar o indivíduo ou o objeto analisado mediante mero raciocínio*

É dentro do âmbito das relações de trabalho, por sua vez, que se encontra uma das mais ricas fontes de discriminação. Em virtude da liberdade desfrutada pelo empregador no exercício do seu poder diretivo empresarial, o respectivo terreno se revela fértil para o surgimento de casos de práticas discriminatórias. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade³⁵, ao tratar dos deveres da entidade patronal para com o seu empregado, acentua a importância do chamado “dever de não-discriminação”, mas admite a sua violação sistemática por parte do empregador brasileiro. Em idêntico sentido, Francisco Gérson Marques de Lima³⁶, ao lamentar que “na prática, apesar de ser o princípio mais invitado pela CF/88, não se o tem observado devidamente. A prova disso encontra-se nas admissões, onde a praxe adota critérios que repugnam, na diferenciação entre negros e brancos, entre homens e mulheres, entre ricos e pobres”.

Em que pese tal realidade empírica, os princípios da igualdade e da não discriminação, consagrados no texto constitucional, incidem sobre a relação entre empregado e empregador, assumindo um relevante papel no contexto do Direito do Trabalho³⁷. As diretrizes dos dois postulados incidem sobre todas as faces da conduta do homem, e, como consequência, alcançam as relações de trabalho existentes no seio da sociedade. Exige-se dos sujeitos da relação de emprego, portanto, uma postura em consonância com tais princípios.

A aplicação do princípio da igualdade, e, conseqüentemente, da regra da não discriminação, dentro do campo do Direito do Trabalho, merece ser ressaltado, não implica em afronta ao princípio da proteção, consagrado como postulado universal do juslaboralismo e estudado na primeira parte do presente trabalho. À primeira vista, pode parecer paradoxal que um ramo da Jurisprudência essencialmente tutelar, como é o caso do Direito do Trabalho, esteja em consonância com o princípio da igualdade. Uma análise mais cuidadosa do juslaboralismo,

subjetivo, distinção feita entre pessoas ou objetos, eliminando uns em benefícios de outros, para satisfazer anseios e idéias preconcebidas; separação por meio de tirocínio sem balizamento objetivo; discernimento feito por alguém, que leva o indivíduo ou o objeto distinguido à situação de inferioridade, embora, antes fossem uns e outros iguais ou semelhantes entre si”.

35 **Curso de Direito do Trabalho**, p. 83.

36 **Lei de Introdução ao Código Civil e Aplicação do Direito do Trabalho**, 1996, p. 115.

37 Alfredo J. Ruprecht (**Os Princípios de Direito do Trabalho** p. 101) inclui o “princípio da não-discriminação” no seu elenco de princípios orientadores do Direito do Trabalho. tratamento para todos os trabalhadores no concernente ao trabalho. Alvaro Garcia Solano aponta o princípio da igualdade dos trabalhadores como um dos fundamentais do Direito do Trabalho da Colômbia, acolhido no art. 10 do seu Código Substantivo do Trabalho”.

entretanto, revela que o conhecido princípio protecionista, tão bem delineado por Américo Plá Rodríguez, Alfredo Ruprecht e outros doutrinadores, se encontra em perfeita harmonia com o princípio da igualdade.³⁸

Igualdade de tratamento na seara da relação de emprego, assim, não significa tratar de forma idêntica o empregado e o empregador. Os dois agentes do contrato individual de trabalho são, manifestamente, desiguais. Formal e materialmente. Conforme foi anteriormente examinado, à luz do princípio da proteção, o empregado recebe um tratamento especial por parte do legislador, sendo beneficiado por mecanismos visando compensar a sua inferioridade econômica diante do empregador. Com uma maior proteção jurídica ao sujeito hipossuficiente, assim, se busca equilibrar uma relação entre desiguais.

Tal forma de tratamento diferenciado, por sua vez, se revela legítimo, em virtude da sua finalidade, acolhida pelo ordenamento jurídico. Por meio de tal forma de intervenção legislativa, almeja-se criar uma situação de igualdade proporcional entre as partes da relação de emprego, protegendo o lado mais fraco e permitindo o desenvolvimento do liame em condições ao menos aceitáveis, especialmente quando comparadas àquelas existentes à época da chamada Questão Social.

Como bem lecionou Rui Barbosa³⁹, na sua “Oração aos Moços”, o postulado da igualdade “não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”. “Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

Para corrigir uma desigualdade, enfim, tornou-se necessário criar outra.⁴⁰

A aplicação do princípio da igualdade na esfera do direito do trabalho, entretanto, se revela mais marcante quando analisado sob o prisma da atuação

38 Muitos juristas, como Pinho Pedreira, entendem que o princípio da igualdade constitui verdadeiro princípio do Direito do Trabalho. Na sua obra **Principiologia do direito do trabalho** (1997, p. 130), o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia destaca a igualdade como um dos postulados fundamentais de tal ramo da ciência jurídica, inexistindo na realidade qualquer contradição com a natureza tutelar do juslaboralismo. Vide ainda Fernando Tarso Genro (**O princípio da não discriminação no direito do trabalho**, 1981, p. 1.044) e Orlando Teixeira da Costa (**Interpretação e aplicação do direito do trabalho**, 1985, p. 133).

39 **Elogios acadêmicos e orações de paraninfo**, 1924, p. 359.

40 Vide Américo Plá Rodríguez (**Princípios de direito do trabalho**, p. 30).

do empregador perante os membros da classe operária, ou seja, sob a ótica da imposição do postulado da não discriminação sobre toda a conduta patronal.

O empregado, antes de tudo, é um ser humano. Um ser humano que trabalha, colocando o seu suor para servir o empregador, e, em última análise, a própria sociedade. Como tal, está assegurado o direito a um tratamento isonômico pelo Estado e pelos seus pares. O postulado da igualdade entre os homens, portanto, não se limita a um aspecto da vida do homem, mas circunscreve toda a vida social. Inclusive o âmbito laboral. E, por via de consequência, os efeitos da violação dos seus preceitos extrapolam a relação individual entre o empregado e o empregador, alcançando interesses maiores do Estado e da sociedade.

A conduta discriminatória do empregador, em tais termos, tem por finalidade prejudicar de modo ilícito um empregado em particular ou um grupo de empregados, no tocante à contratação, ao desenvolvimento da relação ou ao próprio exercício da função laborativa. Na discriminação patronal, uma distinção ilegítima é feita pela entidade empregadora em relação a empregados, de forma a gerar uma diferença de tratamento sem justificativa, em prejuízo ao princípio da isonomia. Havendo uma diferenciação fundamentada em motivo legítimo, como aquele oriundo da exigência de determinada qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de certa profissão, a distinção é considerada lícita, inexistindo discriminação⁴¹. Ocorrendo uma distinção ilegítima, entretanto, a discriminação se manifesta nos atos praticados pelo empregador em prejuízo aos empregados atingidos pela conduta nociva.⁴²

41 A segunda parte do artigo 1º da Convenção 111 da OIT, por sua vez, esclarece que “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”. Em idêntico sentido, o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A diferença oriunda de uma legítima norma profissional, exigindo determinada qualificação para o exercício de certo ofício, portanto, não se enquadra como conduta discriminatória.

42 Alfred Hueck e H.C. Niepperdey (*apud* Pinho Pedreira, **Principiologia de direito do trabalho**, p. 136), afirmam que “quanto ao conteúdo, o princípio da igualdade de tratamento não significa uma completa igualação. Não atenta contra proibição alguma que uma pessoa seja tratada especialmente. Mas enquanto o empregador proceda de acordo com pontos de vista gerais, e enquanto atue segundo regulamentações estabelecidas por ele próprio, não deve excetuar arbitrariamente, de tais regras um trabalhador em concreto. É arbitrário o tratamento desigual em casos semelhantes por causas não objetivas”. Em idêntico sentido, Pinho Pedreira cita ainda duas decisões judiciais, uma oriunda da Corte Suprema da extinta República Federal da Alemanha e outra da Sala VI do Tribunal Supremo da Espanha. Na primeira, ficou registrado que “Fica proibido tratar de diferente maneira fatos típicos iguais, que, pela natureza do caso, e sob o ponto de vista da justiça, exigem claramente uma situação igual, sempre que não exista uma razão objetiva para um tratamento desigual”. No

Os efeitos do comportamento discriminatório do empregador normalmente atingem empregados que já fazem parte do quadro funcional, mas podem inclusive alcançar candidatos a empregados, ou seja, pessoas que ainda não haviam ingressado na empresa e tiveram a admissão prejudicada pela entidade patronal em virtude de distinção ilegítima. A discriminação do empregador pode atingir cláusulas isoladas do contrato individual de trabalho, como na discriminação no tocante a salários ou o exercício de funções, favorecendo uns e prejudicando outros por causas ilegítimas, ou, ainda, alcançar todo o contrato, como na terminação de um liame por motivo discriminatório.

A discriminação patronal, assim, não se restringe a apenas alguns aspectos da relação de emprego. É possível que venha a se alastrar para abranger todo o ser do contrato individual de trabalho, viciando por completo a base nuclear do Direito do Trabalho.

O comportamento discriminatório patronal, por sua vez, se manifesta por meio de duas formas distintas: direta e indiretamente.

Diretamente, concretiza-se mediante imposições proibitivas, que tratam de modo menos favorável os membros de determinado grupo. Ocorre, por exemplo, quando o empregador simplesmente impede a contratação de mulheres, por puro e simples preconceito sexual. A adoção da postura discriminatória, portanto, ocorre de forma explícita, sem rodeios.

De forma indireta, por outro lado, a discriminação patronal se manifesta por meio de um tratamento formalmente neutro, mas que materialmente possui um efeito adverso sobre determinado grupo. Há, pois, uma conduta camuflada por parte da entidade patronal, que adota postura discriminatória, sem, contudo, revelar explicitamente tal posição. Para ser evidenciada, torna-se necessário averiguar as consequências adversas da conduta aparentemente neutra.

acórdão do Tribunal Supremo espanhol, restou definido que “Certamente, o art. 14 da Constituição espanhola não estabelece o princípio da igualdade absoluta, pois, ao se poder e dever ter em consideração razões objetivas que justifiquem a desigualdade de tratamento legal, resulta indubitável que se deve admitir como constitucional o tratamento distinto que recaia sobre pressupostos de fato que sejam desiguais em sua própria natureza; mas o que proíbe esse princípio de igualdade jurídica é a discriminação, isto é, que a desigualdade de tratamento seja injustificada por não ser razoável ... tendo como limite essa desigualdade legal a arbitrariedade, entendida como falta de uma justificação objetiva e razoável ... Esse princípio de igualdade legal foi configurada pela doutrina desta sala como um direito subjetivo dos trabalhadores a obterem um tratamento igual, que exige sejam os pressupostos de fato iguais tratados identicamente em suas conseqüências”.

Seja de modo direto ou de forma indireta, a manifestação de conduta discriminatória pelo empregador se encontra vedada à luz das diretrizes dos postulados em análise, acolhidos pelo legislador pátrio. Em que pese a sistemática transgressão aos princípios da igualdade e da não discriminação, evidenciada no dia a dia das relações do trabalho no país, ambos os cânones servem de diretrizes disciplinadoras da conduta do empregador. E a aplicação dos mesmos, se não for observado imediata e espontaneamente pela entidade patronal⁴³, poderá, caso haja a devida provocação, ser aplicado coercitivamente pela Estado-Juiz. Inclusive no tocante ao exercício do direito de despedir.

2. MEDIDAS DE PROIBIÇÃO À DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao lado dos princípios expostos de forma abstrata nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte igualmente consagrou preceitos específicos nos quais se manifestam os postulados da isonomia e da não discriminação dentro do campo das relações de trabalho.

43 Pinho Pedreira (**O princípio da igualdade de tratamento**) elenca oito regras de aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações de trabalho: "1ª - Destinatários do princípio são, além do legislador, os particulares (principalmente empregadores), que também devem aplicá-lo; 2ª - Quando o empregador estabeleça, por sua própria vontade, normas gerais aplicáveis a todos os trabalhadores ou a uma categoria deles, por meio de regulamento interno, por exemplo, não pode excetuar de tais normas um determinado empregado, sem causa objetiva para isto, e, portanto, arbitrariamente; 3ª - Igualmente não se admite a exclusão de um empregado, sem motivo justo, de benefício de ordem geral resultante de uso da empresa, como assentado pela jurisprudência brasileira quanto a gratificações habituais; 4ª - Quando se trata de melhoria de condições de trabalho para um ou alguns trabalhadores individualizados, que constituem minoria na empresa, com base no contrato de trabalho ou em liberalidade do empregador, o tratamento diferenciado é admissível se fundado em razões objetivas, que o justifiquem, mas não poderá resultar de critérios patronais subjetivos e arbitrários; ... 5ª - O princípio do tratamento igual funciona somente em favor do empregado, jamais em benefício do empregador, constituindo um fator de 'alinhamento por cima'. Não pode este exigir do empregado a devolução de uma prestação que os demais não receberam; 6ª - A empresa deve ser considerada como um todo, não se admitindo desigualdade arbitrária de tratamento entre empregados lotados em diferentes estabelecimentos da mesma. É neste sentido a atual legislação alemã; 7ª - No tocante ao ônus da prova cabe ao empregado provar que, estando em condições de igualdade com outro, foi vítima de tratamento desigual. Ao empregador incumbe provar que o tratamento desigual obedeceu a motivo justo. ...; 8ª - Na hipótese de rescisão dos contratos de trabalho de vários empregados, seguida de reintegração somente de alguns, o momento crítico para a comparação é o da reintegração e não o da despedida, pois do contrário, se trataria de mera aparência do tratamento igual. A objeção de que os trabalhadores despedidos não pertencem mais à empresa é demasiadamente formalista; a conduta do patrão, que se compõe da despedida e da reincorporação, é uma só e indivisível. Ademais, surge como evidência da reincorporação de uma parte dos trabalhadores despedidos que a verdadeira causa da despedida era outra".

Nesse sentido, por exemplo, estabelece o artigo 7º. constitucional, a “proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (inciso XXX) e a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e a critério de admissão do trabalhador portador de deficiência” (inciso XXXI).⁴⁴

De acordo com tais dispositivos, assim, o empregador não pode estabelecer medidas discriminatórias, em virtude de deficiência, sexo, idade, cor ou estado civil, quanto às contratações a serem realizadas e no tocante às contraprestações a serem percebidas pelos empregados admitidos. E, ainda, no tocante a distinções nas funções a serem desempenhadas, igualmente se veda a prática discriminatória em face de sexo, idade, cor ou estado civil do empregado.

Inicialmente, merece ser novamente ressaltado que o princípio da não discriminação, na sua aplicação no âmbito do Direito do Trabalho, não impõe uma identidade indiscriminada em relação aos empregados, ou seja, não veda o tratamento diferenciado em situações diferenciadas.

O empregador pode, por outro lado, distinguir quando inexistir tal identidade. Revela-se lícita a conduta de estabelecer medidas de diferenciação para empregados que se apresentem em condições distintas, desde que tais medidas sejam legítimas, isto é, desde que tenham como fato gerador uma peculiaridade que, ao mesmo tempo em que caracteriza a respectiva situação, justifica a distinção promovida pelo empregador. Para assegurar tal legitimidade, assim, torna-se necessário apenas que a diferenciação seja fundamentada em critérios objetivos e razoáveis. A regularidade da diferenciação, portanto, pode ocorrer na forma autorizada pelo legislador, quando a legislação laboral impõe certas qualificações para a prática de determinado ofício (como o de advogado, por

44 O inciso XXXII do artigo 7º, por sua vez, igualmente estabelece a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnica e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Desde 1934 a incidência da regra da não discriminação, dentro do âmbito das relações de trabalho, encontra guarida nos textos constitucionais brasileiros, especialmente no tocante a questões salariais, consagrando o princípio da isonomia salarial. A Constituição de 1934, assim, estabelecia no seu artigo 121, parágrafo 1º, alínea “a”, a “proibição de diferença de salário para o mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”. Enquanto a Carta Política de 1937 não tratou da questão, por outro lado, a de 1946 repetiu no seu artigo 157, inciso III, exatamente as mesmas letras da Constituição de 1930. A Carta de 1967, por seu turno, estabeleceu no seu artigo 165, inciso III, a “proibição de diferenças de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”, ampliando assim, o âmbito de incidência da regra para questões admissionais. No atual âmbito da legislação trabalhista infraconstitucional, registrava-se antes da edição da Lei 9.029 (a ser analisada a seguir) uma presença tímida de dispositivos isolados, como o artigo 5º da CLT, que estabelece a regra segundo o qual “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

exemplo, cujo exercício no país exige, além do título de bacharel em direito, também a habilitação profissional perante a Ordem dos Advogados do Brasil), ou, por outro lado, pode se materializar numa forma não proibida por lei (mesmo sem expressa previsão legal quanto à autorização), mas que passa a ser considerada como válida pela sociedade.

De uma forma ou de outra, admite-se a diferenciação enquanto esta for considerada legítima, fundamentada em razões objetivas que a justificam. Veda-se, assim, apenas o tratamento desigual em situações fundamentalmente semelhantes, baseado em motivações condenáveis, como critérios patronais subjetivos vinculados à cor ou à raça do empregado.

Nesse sentido, é perfeitamente admissível que um empregado venha a perceber salário superior a um colega, quando aquele se encontra em posição empregatícia distinta e a sua contraprestação maior decorre de circunstâncias peculiares que justificam tal diferenciação. O artigo 461 da CLT, que disciplina a questão da isonomia salarial entre empregados no âmbito da legislação trabalhista pátria, por exemplo, exige uma série de pressupostos para autorizar a equiparação salarial entre dois empregados, entre os quais se incluem o exercício de idêntica função, com igual produtividade e perfeição técnica, para o mesmo empregador no mesmo local de trabalho⁴⁵. Sem o preenchimento concomitante de tais requisitos, assim, prejudicada estará a pretensão à equiparação salarial em relação ao paradigma que percebe salário superior, uma vez que a diferença entre as contraprestações será considerada como resultante de uma distinção legítima.

De igual forma, não representa uma forma de discriminação contra o portador de deficiência física, por exemplo, a exigência de perfeitas condições físicas para a contratação de empregados, quando se trata de um empregador que atua no ramo da atividade esportiva com atletas profissionais. Não se pode

45 À luz da legislação trabalhista pátria, são os seguintes os pressupostos necessários à configuração do direito à equiparação salarial entre dois empregados: a) que ambos empregados tenham o mesmo empregador; b) que ambos empregados laborem no mesmo local; c) que o empregado com maior salário não tenha, no exercício da função, mais de dois anos de experiência além do equiparando; d) que ambos os empregados exercem a mesma função, com as mesmas atribuições e igual responsabilidade dentro da estrutura empresarial; e) que ambos os empregados tenham igual produtividade e perfeição técnica no exercício da mesma função; f) que haja ou tenha havido contemporaneidade no exercício da mesma função; g) que não haja na empresa quadro de carreira homologado pela DRT; h) que o empregado paradigma não seja um trabalhador readaptado; e i) que haja a diferença salarial mesmo em face da exclusão de verbas salariais de natureza personalíssima. Para um estudo mais minucioso, vide Fernando Américo Veiga Damasceno (**Equiparação...**).

qualificar como discriminatória, assim, a conduta de um clube de futebol que somente admite no seu quadro jogadores sem problemas físicos capazes de afetar o seu desempenho atlético, por ser tal qualidade algo indispensável ao exercício da respectiva atividade profissional.

Uma análise mais cuidadosa dos incisos XXX e XXXI em tela, após a compreensão do acima exposto, revela dois outros aspectos das normas proibitivas estabelecidas pelo legislador. Primeiro, uma aparente limitação aos motivos considerados como de cunho discriminatório. E, segundo, uma aparente restrição quanto aos atos que serão submetidos à disciplina antidiscriminatória.

As impressões oriundas de uma primeira leitura, contudo, podem ser superadas mediante uma reflexão mais profunda acerca do conteúdo dos respectivos institutos.

Quanto à primeira questão, os dispositivos constitucionais em exame tratam de forma explícita apenas a discriminação por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou deficiência. As letras do legislador, pois, apresentam um campo limitado. Não incluem outros fatores de discriminação como a raça, a preferência sexual, a origem familiar, a ideologia política, a fé religiosa, a naturalidade etc.

No tocante ao segundo aspecto, as letras dos mesmos preceitos constitucionais tratam apenas da discriminação referente a salários, exercício de funções e admissões de empregados, deixando à margem outras questões do contrato individual de trabalho. Como a terminação do pacto laboral (quanto ao exercício do direito de despedir pelo empregador, inclusive).

Um intérprete menos cuidadoso, assim, poderia afirmar que, de acordo com o texto da Constituição Federal de 1988, um empregado somente sofre discriminação do seu empregador quando este pratica distinção ilegítima quanto à sua admissão (contratação para ingresso no quadro de pessoal da entidade), quanto ao seu salário (contraprestação percebida do empregador em virtude dos serviços prestados) ou quanto à função exercida (conjunto de atribuições executadas pelo empregado), e, ainda, somente quando a respectiva diferenciação se encontra baseada no seu sexo (masculino ou feminino), na sua idade (número de anos de vida ou faixa etária⁴⁶), na sua cor (feição da pele humana),

46 Merece ser salientado que as normas de proteção ao menor empregado, previstas na própria Constituição e na legislação infraconstitucional, não são consideradas medidas discriminatórias, em virtude da natureza protecionista que a caracterizam. A proibição da contratação de menor de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz (inciso XXXIII do artigo 7º da Carta Política), por

no seu estado civil (solteiro, casado, viúvo, separado ou divorciado) ou em alguma deficiência (física ou mental) que o caracteriza.

Evidente seria o equívoco de uma afirmação de tal natureza. A vedação à discriminação não se sujeita a tais limites. E, para se chegar a tal constatação, suficiente é uma análise de outros dispositivos da própria Carta Magna.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, conforme analisado na seção anterior, estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, **raça**, sexo, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação**”. O respectivo dispositivo, assim, após acrescentar ao elenco acima citado mais uma modalidade expressa de discriminação (a racial), assume uma posição antagônica a qualquer outra forma de distinção ilegítima, sem delimitar a aplicação de tal regra a este ou aquele tipo de ato.

O artigo 5º da Carta Política, por sua vez, igualmente assegura a ampla incidência dos postulados da igualdade e da não discriminação. Primeiro, ao consagrar no seu *caput* que “**todos** são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**”, abrangendo tanto “aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no país”. O dispositivo, assim, após expressamente vedar qualquer espécie de distinção ilegítima, implicitamente proíbe a discriminação em virtude de nacionalidade, ressalvado, logicamente, as exceções previstas na própria Constituição (como, por exemplo, a limitação de acesso a cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros, nos termos do artigo 37, inciso I). Novamente, destaca-se, não são impostos limites quanto à espécie de atos incluídas na vedação à conduta discriminatória. Em seguida, no mesmo artigo 5º, o legislador constituinte estipulou nova vedação genérica no seu inciso XLI: “a lei punirá **qualquer discriminação** atentatória dos **direitos e liberdades fundamentais**”. Tal proibição punitiva, portanto, além de alcançar qualquer forma de manifestação de discriminação prevista explícita ou implicitamente na legislação, abrange todos os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo.

Tais dispositivos de conteúdo abstrato, entretanto, não esgotam as normas proibitivas de discriminação, encontradas na legislação pátria. O próprio artigo 5º estabelece a expressa vedação a outras modalidades específicas de discriminação, por meio do seu inciso VIII (“ninguém será privado de direitos

exemplo, representa uma norma proibitiva perfeitamente válida, destinada a proteger tal classe de trabalhadores incapazes.

por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”) e do seu inciso XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível”). Enquanto este reforça a proibição à discriminação racial, assim, aquele veda a discriminação de ordem religiosa, política ou filosófica. Com tais dispositivos, portanto, se constata a presença de outras modalidades de discriminação expressamente hostilizadas pelo legislador.

E, por outro lado, não pode ser ignorado que o parágrafo 1º do artigo 5º deixa em clarividência a incidência direta e a autoaplicabilidade dos dispositivos constitucionais citados, ao estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A presença de preceitos nos quais se veda genericamente qualquer forma de discriminação ao lado de diversos dispositivos nos quais são vedadas modalidades específicas de distinção ilegítima, assim, demonstra que o legislador pátrio não restringiu a proibição à discriminação a apenas algumas das suas formas de manifestação, expressamente relacionadas. A vedação à prática discriminatória atinge todas as formas de distinção ilegítima, fundamentadas em razões subjetivas condenáveis, previstas explícita ou implicitamente pelo legislador. Seja na Constituição, seja na legislação infraconstitucional⁴⁷.

Ao consagrar os princípios da igualdade e da não discriminação, portanto, o legislador pátrio não limitou as suas causas a um elenco pré-determinado de motivos, e, tampouco, restringiu a sua esfera de incidência a apenas determinado rol de atos. Não há uma relação exaustiva ou um rol taxativo quanto aos fatos geradores da discriminação ou quanto às atividades nas quais tal conduta nociva seria proibida. Os postulados da isonomia e da não discriminação orientam toda a conduta dos integrantes da sociedade brasileira, independentemente da espécie de discriminação praticada, seja quanto à causa geradora, seja quanto ao ato praticado.

Dentro da seara da relação de emprego, de igual forma, inexistem restrições quanto à abrangência das suas diretrizes. Aplica-se ao empregador a mesma disciplina imposta ao cidadão comum: veda-se qualquer forma de manifestação de discriminação. Se encontram submetidos às diretrizes dos postulados em

47 Pinho Pedreira (**O princípio da igualdade de tratamento**), ao comentar o artigo 17 da Lei do Contrato de Trabalho da Argentina, informa que, apesar de constar no respectivo dispositivo a proibição à discriminação apenas por motivo de sexo, raça, idade, nacionalidade, crença religiosa, ideologia política ou atuação sindical, prevalece na literatura argentina “o entendimento de que a menção destes não exclui outros”.

tela, assim, todos os motivos que possam ensejar uma distinção ilegítima entre empregados, bem como todos os atos do empregador. Sem exceção.

As letras dos incisos XXX e XXXI do artigo 7º da Carta Política de 1988, destarte, devem ser interpretadas sob tal luz. As relações de fatos geradores da discriminação e os elencos de atos submetidos ao controle antidiscriminatório são meramente exemplificativos. De forma alguma esgotam a matéria ou limitam a aplicabilidade dos princípios da igualdade e da não discriminação. Como normas constitucionais, e, de igual forma, de cunho trabalhista, representam garantias mínimas asseguradas aos empregados, garantias individuais estas que devem ser interpretadas da forma mais ampla possível, como leciona o professor Ivo Dantas⁴⁸.

Nesse contexto, assim, empregador desfruta de ampla liberdade na direção da sua empresa, inclusive quanto à escolha dos seus empregados, mas necessariamente deve se portar em consonância com os respectivos cânones em toda a sua atuação como entidade empregadora. A obediência aos postulados impõe uma conduta em consonância com as diretrizes da Constituição e da lei infraconstitucional, com a observação tanto das vedações específicas como das proibições extraídas implicitamente das letras do legislador, de acordo com o espírito da lei consagradora de tais princípios. Não importa a natureza da causa ou a espécie do ato viciado, qualquer forma de distinção ilegítima por parte do empregador que venha a violar as normas proibitivas, gera a repulsa dos respectivos postulados, e, assim, é igualmente hostilizada pelos institutos do juslaboralismo.

A discriminação patronal, assim, não se restringe às hipóteses de fatos geradores e tampouco às espécies de atos patronais definidos nominalmente nos incisos XXX e XXXI do artigo 7º constitucional. A concessão de um aumento salarial exclusivamente para os empregados que adotam a crença religiosa do titular da empresa (exemplo de discriminação religiosa sobre o pagamento de salários) ou a definição do local de trabalho no estabelecimento empresarial de acordo com o sexo do empregado (exemplo de discriminação sexual sobre a fixação da localidade na qual o empregado prestará serviços), portanto, não se enquadram nos casos tipificados nos mencionados incisos, mas, logicamente, correspondem a condutas proibidas em face dos princípios da igualdade e da não discriminação aos quais se sujeita o empregador.

48 Vide a sua obra **Constituição Federal – Teoria e Prática**.

As normas proibitivas em pauta, assim, foram estipuladas de forma genérica e abstrata, com o intuito de vedar a distinção ilegítima nos mais diversos aspectos da relação de emprego. A proteção contra a discriminação patronal, destarte, corresponde a uma garantia individual da mais ampla abrangência.

Atinge, inclusive, o exercício do direito de despedir desfrutado pelo empregador.

Tradicionalmente, contudo, os juristas pátrios hesitam em estender a aplicabilidade dos princípios da igualdade e da não discriminação à seara da terminação do contrato individual de trabalho.

A leitura do texto da atual Constituição, bem como das Cartas anteriores, revela que o legislador constituinte pátrio jamais fez expressa menção à proibição de conduta discriminatória quando da dispensa de empregado. Os incisos XXX e XXXI, em análise, tratam da admissão de empregado, mas silenciam quanto à despedida dele. A terminação do contrato individual de trabalho, pois, foi deixado à margem das regras contrárias à conduta discriminatória patronal, expressamente consagradas nas letras do texto constitucional, inexistindo na Carta Magna qualquer dispositivo explicitamente vedando a dispensa de empregado por motivo discriminatório.

Para muitos, tal silêncio foi intencional, revelando um propósito de excluir da proteção contra a discriminação patronal a rescisão contratual pela via da despedida. O legislador constituinte teria considerado a dispensa por motivo discriminatório como uma simples espécie de despedida sem justa causa, sem gerar efeitos diversos desta última, e, assim, sem merecer um tratamento legal especial, estando sujeita às mesmas medidas inibitórias e, eventualmente, restritivas, aos quais se submete o gênero.

Mesmo em face da lacuna constitucional, entretanto, algumas vozes isoladas adotaram posição antagônica àquela. De uma forma ainda tímida, apontavam os motivos acima expostos, argumentando que independe de regulamentação infraconstitucional a ampla aplicação dos princípios da igualdade e da não discriminação no âmbito da relação de emprego, inclusive no tocante ao exercício do direito de despedir do empregador. Defendiam, assim, a possibilidade de se anularem os atos resiliatórios praticados em violação a tais postulados.

Os fundamentos que serviam de alicerce a esta última tese, por seu turno, são por demais óbvios. A dispensa discriminatória, indiscutivelmente, corresponde a uma forma de despedida peculiarmente abusiva. Não apenas por violar um direito trabalhista do empregado, mas igualmente por transgredir

um direito individual fundamental do obreiro como cidadão. E, também, por representar uma ofensa a um interesse do Estado e da própria sociedade brasileira. É o seu ato motivador, pois, que enquadra a respectiva despedida como verdadeiro abuso de direito.

Ao dispensar o empregado por motivo discriminatório, o empregador está exercendo o seu direito de despedir de forma não apenas arbitrária (ou seja, sem causa econômica, financeira, disciplinar, técnica ou outra prevista em lei como justificadora), mas também de forma verdadeiramente abusiva. Há evidente abuso de direito por parte do empregador, que exerce de modo ilegítimo um direito (abstratamente) legítimo. A rescisão contratual se efetiva de modo contrário à sua finalidade, pois não se visa apenas por fim a uma relação de emprego, mas sim prejudicar um empregado por motivo discriminatório, punir o mesmo com o desemprego em virtude de visão preconceituosa da entidade patronal. Mesmo sendo, abstratamente, legítimo o direito de despedir, exercido em tais moldes o direito se revela irregular e anormal, em completo desvio da sua função social.

Há, na sua realização, pois, uma feição excessivamente antissocial, contrária não apenas aos princípios do direito do trabalho, mas igualmente antagônico aos mais basilares interesses do Estado e de toda a sociedade.

Se é objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, inciso IV, da Constituição); se é direito de todos ser tratado igualmente perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*); se a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI), não há como entender admissível a dispensa de empregado por motivo discriminatório, sob pena de tornar letra-morta os respectivos dispositivos constitucionais.

Nada mais odioso de que encerrar uma relação de emprego por causa de algo que se revela irrelevante para o bom desempenho da função laboral, como a raça, sexo, origem ou crença religiosa do empregado. Este jamais deve ter o seu contrato individual de trabalho ameaçado pela visão discriminatória do empregador, ser dispensado em virtude de características que em nada afetam a sua atuação profissional, como, por exemplo, a cor da sua pele ou o seu estado civil.

Um motivo resilitório de tal ordem não pode ser qualificado como fútil ou banal. Pelo contrário. É por demais relevante. Mas a sua importância decorre do fato de representar tal causa um atentado contra uma série de direitos indi-

viduais do empregado despedido e, especialmente, uma violação a interesses estatais e sociais.

A despedida fundamentada em causa discriminatória de tal natureza, assim, se apresenta como um ato que transcende à relação de emprego entre o empregado e o empregador, atingindo frontalmente um complexo de interesses maiores, pertinentes ao Estado e à sociedade. A rescisão unilateral em tais moldes não se restringe às fronteiras do contrato individual de trabalho, não se limita a prejudicar o empregado. Ingressa no âmbito dos interesses imediatos do Estado e de toda a sociedade. Estes, ao lado do empregado, se revelam vítimas da conduta patronal discriminatória.

O Estado e a sociedade, destarte, são igualmente sujeitos passivos do ato discriminatório praticado pelo empregador. Tanto quanto o próprio empregado, foram atingidos pelo ato resilitório, fruto do poder de comando do qual é titular o empregador, concretizado em transgressão às diretrizes dos princípios da igualdade e da não discriminação. E, conseqüentemente, o exercício do direito de despedir, quando fundamentado em causa discriminatória, enquadra-se como ato de abuso de direito.

Somente tal situação, portanto, seria suficiente para justificar a anulação da dispensa praticada por motivo discriminatório, mesmo sem a expressa previsão legal.

A respectiva tese, lamentavelmente, não encontrou boa acolhida nas obras doutrinárias, e, menos ainda, nos tribunais do trabalho. Existiram alguns raros escritos na literatura especializada, e, ocasionalmente, alguma decisão judicial isolada, tratando da temática. Mas quase sempre de forma meramente superficial, sem uma abordagem mais profunda.

Conservadores ou tímidos, os doutrinadores e magistrados na sua grande maioria preferiram adotar o caminho menos vulnerável a críticas, e, assim, argumentavam que, para anular uma dispensa discriminatória, seria imprescindível a existência de lei infraconstitucional expressamente estipulando a anulabilidade da despedida praticada em tais moldes.

A ideia de que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis”, como leciona o professor José Alfredo de Oliveira Baracho⁴⁹, não foi admitida como regra no tocante à aplicação direta e imediata dos princípios da igualdade e da não discriminação

49 **Teoria Geral da Cidadania**, 1995, p. 8.

dentro da seara da terminação contratual e, especificamente, no âmbito da disciplina do exercício do direito de despedir.

Com a edição da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, entretanto, tal realidade foi alterada. E o estudo desta norma legal será realizado a seguir.

3. PROMOVENDO E RESGUARDANDO A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR MEDIANTE A INVALIDAÇÃO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA: OS CAMINHOS DA LEI N. 9.029 DE 1995

O Diário Oficial da União, de 17 de abril de 1995, introduziu ao ordenamento dogmático brasileiro uma lei infraconstitucional destinada a encerrar antigas polêmicas e fixar as diretrizes sobre a disciplina legal da dispensa abusiva, mas que, na realidade, após anos de vigência, se revela ainda sub-utilizada, ou, até, mesmo, desprezada pelos operadores do Direito do Trabalho no Brasil.

A Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, editada com o intuito de, conforme sua ementa, “proibir a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho”, representa uma medida proibitiva ainda não compreendida satisfatoriamente pelos juristas pátrios. Na literatura especializada, escassas são as publicações tratando da respectiva norma. Na jurisprudência dos tribunais do trabalho, menor ainda é o número de decisões alicerçadas na mencionada lei. Os próprios empregados e suas entidades representativas, na sua maioria, encontram-se em completa ignorância quanto ao conteúdo de tal lei.

Seja pela escassa divulgação quanto à sua existência ou falta de vontade política em tornar efetiva tal norma, seja pela dificuldade para por em prática o seu teor, a Lei 9.029 se apresenta como uma “Lei Esquecida”. Mas representa, na realidade, um marco histórico para o juslaboralismo brasileiro.

Em que pese o marasmo operacional que circunscreve a sua eficácia empírica, a respectiva norma legal é merecedora de toda a atenção dos operadores do Direito do Trabalho no país, por ser o primeiro instrumento legal no qual se encontra expressamente previsto pelo legislador a anulabilidade de uma dispensa operada com fundamento discriminatório, seja o empregado estável ou não. Constitui, pois, a primeira medida proibitiva de dispensa abusiva explicitamente consagrado na letra da lei, e, destarte, representa um passo

importante em direção a novo modelo de controle sobre o exercício do direito de despedir do empregador.

Com a Lei 9.029, assim, surgiu no horizonte legislativo brasileiro uma norma infraconstitucional que, de acordo com a sua ementa, se destina a proibir práticas discriminatórias por parte do empregador, inclusive no tocante a efeitos de permanência da relação de emprego. Em seu bojo, destarte, tal lei ordinária introduziu ao direito dogmático pátrio, de forma expressa e inequívoca, nova medida restritiva do exercício do direito de despedir, direcionada precisamente à vedação à despedida abusiva por motivo discriminatório.

Ao contrário do constatado em relação ao mecanismo de proibição de dispensa abusiva peculiar ao empregador público, o legislador decidiu editar norma infraconstitucional específica para disciplinar de forma pormenorizada a anulação da despedida praticada em violação aos princípios da igualdade e da não discriminação. A Lei n. 9.029 de 1995, portanto, corresponde à norma legal na qual se encontram estabelecidas as diretrizes de tal espécie de restrição ao exercício do direito de despedir.

Inicialmente, o seu artigo 1º, estabelece que “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

Após o artigo introdutório, o legislador tipifica como crime certas práticas discriminatórias no seu artigo 2º, estipulando como sanção para as respectivas condutas a pena de detenção de um a dois anos e multa pecuniária⁵⁰. Em seguida, sem prejuízo da cominação criminal, estabelece no artigo 3º que o empregador violador de tais diretrizes se torna suscetível a multa administra-

50 Artigo 2º: “Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção de controle de natalidade, assim não considerada o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. Parágrafo único: São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I – a pessoa física empregadora; II – o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III – o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

tiva, e, ainda, a ter suspenso o direito de obter empréstimos ou financiamentos perante instituições financeiras oficiais⁵¹.

É o artigo 4º da Lei n. 9.029, entretanto, que apresenta o novo instrumento de disciplina legal sobre o exercício do direito de despedir. Segundo tal dispositivo, “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre: I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

A análise do artigo 1º da Lei 9.029 revela que o legislador, com a sua instituição, almejou estabelecer normas destinadas a vedar práticas discriminatórias pela entidade patronal, tanto na admissão como na dispensa de empregados. Ao tratar das formas de discriminação, o legislador expressou a proibição em relação a sete motivos específicos, todos devidamente elencados.

A apresentação de um rol de motivos, por sua vez, novamente ressuscita a discussão acerca do âmbito material do preceito. Para alguns, a lei protege o empregado apenas em relação à discriminação por motivo de sexo (se homem ou mulher), origem (tendo em vista a nacionalidade, naturalidade, descendência familiar etc.), raça (se negro, oriental etc.), cor (se de pele escuro, clara etc.), estado civil (se casado, solteiro, divorciado etc.), situação familiar (tendo em vista o número de filhos, peculiaridades acerca dos membros da família etc.) ou idade (quantidade de anos de vida ou faixa etária). As demais formas de discriminação, como aquelas resultantes de perseguição religiosa, não estariam abrangidos pela norma.

Novamente merece ser rejeitada, entretanto, a respectiva tese.

A Lei 9.029 se destina a vedar toda e qualquer forma de discriminação patronal hostilizada na legislação pátria, não sendo exaustivo o elenco apresentado nas suas letras. Se prevalecesse a interpretação favorável à limitação da proibição aos motivos expostos de forma taxativa na respectiva Lei, seria admissível, por exemplo, a despedida por motivo de discriminação em virtude da crença religiosa do empregado, ferindo expressamente o comando do artigo 5º, inciso

51 Artigo 3º: “Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do dispositivo nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: I – multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência; II – proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.”

VIII, da Constituição Federal de 1988. Admitindo-se a legalidade da dispensa por tal motivo, à luz de tal entendimento restritivo, o empregador apenas teria que arcar com as reparações pecuniárias decorrentes das medidas inibitórias previstas na legislação trabalhista (salvo na hipótese do empregado desfrutar de alguma modalidade de estabilidade jurídica no emprego), revelando-se letra-morta o teor do citado dispositivo constitucional e do parágrafo 1º do mesmo artigo 5º (este último o preceito assegurador da aplicabilidade imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais).

Tal raciocínio, evidentemente, não pode prosperar. Uma despedida discriminatória em tais moldes (por motivo de crença religiosa, no exemplo apresentado) é inadmissível, exatamente por ser contrária ao ordenamento jurídico pátrio, implicando numa violação direta a preceito da Carta Magna. Sendo constitucionalmente vedada a discriminação por motivo de crença religiosa, não há como admitir como lícita uma despedida efetivada com fundamento em tais fatores. O que leva, conseqüentemente, ao reconhecimento da fragilidade da tese restritiva.

Exige-se, assim, a interpretação da norma infraconstitucional com base no texto constitucional. E não vice-versa. Como leciona Francisco Pedro Jucá, em obra dedicada à análise da hermenêutica das normas infraconstitucionais⁵²,

[...] conclui-se, conforme a proposta inicial, que a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais devem ser feitas em conformidade com a Constituição e concretizando aos princípios nela contidos, conseqüentemente, de forma e maneira específicas, a interpretação e aplicação das normas laborais devem ser feitas na conformidade do constitucionalismo social respectivo, sob pena de se ter, como defende a doutrina constitucional alemã contemporânea “interpretação inconstitucional”, a qual deve ser negada validade jurídica, mas sobretudo, ética e política, desimportando em que nível ou instância isto se dê, qual o operador que a faça, a eiva de ilegitimidade e conseqüência impertência ao ordenamento jurídico é patente e irrecusável.

Deve prevalecer, destarte, como entendimento em harmonia com o ordenamento jurídico pátrio, o entendimento de que as regras protecionistas de Lei n. 9.029 de 1995 podem ser aplicadas, analogicamente, a outras situações nas quais se evidencia formas de discriminação, não tipificadas na letra da

⁵² **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**, p. 106.

respectiva lei, mas vedada explícita ou implicitamente em outras normas legais nos planos constitucional e infraconstitucional.

Após a promulgação da Lei n. 9.029, por sua vez, muitos doutrinadores passaram a defender a ideia de que o elenco previsto no artigo 1º não era exaustivo. Em tal sentido, Edésio Passos⁵³, ao comentar, em artigo publicado na Revista LTr, o alcance da norma em pauta, leciona que “o ato discriminatório do empregador também deverá ser motivado, nos termos da lei, em relação ao sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, e, ainda, nos termos constitucionais, por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, ou em razão de deficiência física ou psíquica”. Em seguida, o professor Passos defende a tese de que “o despedimento em decorrência da constatação de que o empregado é portador do vírus HIV tem sido entendido como ato discriminatório”, acrescentando um motivo que, analogicamente, pode ser enquadrado como uma espécie de discriminação por deficiência⁵⁴.

Apesar de não expressar o entendimento segundo o qual a aplicação das regras protecionistas da Lei n. 9.029 de 1995 é capaz de absorver toda forma de discriminação vedada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico, Edésio Passos ao menos adota uma posição intermediária, admitindo a sua incidência quando ocorre a violação a outras regras de não discriminação previstas expressamente no texto constitucional.

Uma visão mais flexível, de tal sorte, se revela mais adequada ao espírito dos postulados da igualdade e da não discriminação consagrados pelo legislador constituinte. Sendo uma norma trabalhista, destinada a proteger o empregado hipossuficiente e, ainda, o Estado e a própria sociedade, a Lei n. 9.029 deve ser interpretada à luz dos princípios maiores estabelecidos na Constituição Federal. Como o texto constitucional veda qualquer espécie de distinção ilegítima (art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e inciso XLI), a abrangência da norma regulamentadora deve ser compreendida como sendo a mais ampla possível, englobando todas as es-

53 **Práticas discriminatórias contra trabalhadores – Lei 9.029/95.** Em sentido contrário, Francisco Gérson Marques de Lima (**Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**, p. 59).

54 Limongi França, em artigo intitulado **Aspectos jurídicos da AIDS**, afirma que “Além da obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores de sua complexidade. Não pode assim o indivíduo ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, não haja possibilidade técnica de impedir o risco do contágio. Do mesmo modo, não pode a AIDS ser considerada causa jurídica de despedida do emprego”.

pécies de motivos discriminatórios hostilizados explícita ou implicitamente pelo legislador constituinte, alcançando não apenas aquelas modalidades previstas expressamente nas letras do texto constitucional, mas igualmente as demais formas odiosas de discriminação, extraídas do seu espírito. Sendo a distinção ilegítima nos moldes da legislação pátria, proibida está a sua efetivação.

Da melhor interpretação do artigo 1º da Lei n. 9.029, destarte, se extrai tal visão de ampla incidência da norma proibitiva em tela.

No tocante ao objeto do presente estudo, por sua vez, o dispositivo de maior relevância da Lei n. 9.029, de 1995, é o seu artigo 4º.

Por meio das suas letras, o legislador conseguiu abrir um canal para a concretização do acesso à justiça no tocante à tutela jurisdicional que resguarda tanto o postulado da igualdade como a garantia constitucional de respeito à dignidade humana do trabalhador, estabelecendo em favor do empregado, quando despedido por motivo discriminatório, a escolha entre a sua reintegração no emprego e um ressarcimento especial, equivalente a duas vezes a remuneração do período de afastamento.

A segunda opção concedida pelo legislador ao empregado vítima de dispensa discriminatória, a chamada "indenização reparatória", constitui mera medida inibitória, por não implicar na anulação da dispensa realizada. A respectiva temática, por sua vez, já foi objeto de análise em parte anterior da presente obra. É a primeira opção, esculpida no inciso I do artigo 4º, por seu turno, que monopoliza o atual estudo, enquanto novo mecanismo de restrição ao direito de despedir.

Ocorrendo a dispensa de empregado por motivo discriminatório, o legislador pátrio expressamente concedeu ao obreiro o direito de postular a anulação do ato resilitório e obter, conseqüentemente, o restabelecimento do vínculo empregatício irregularmente rompido. Foi introduzido ao direito dogmático brasileiro, assim, um mecanismo específico, visando a proibição à despedida abusiva.

Surgiu no horizonte normativo, destarte, um modelo de expressa vedação ao exercício abusivo do direito de despedir, quando a causa da resilição for fundamentada em uma distinção ilegítima.

Em muitos países, inexistente uma legislação específica na qual se encontra a disciplina da vedação à dispensa discriminatória.

Nos Estados Unidos, por exemplo, o professor Mack A. Player, no prefácio da sua obra **Employment Discriminatory Law**, na qual critica a tradicional

aversão dos juízes americanos à reintegração no emprego de empregado despedido por motivo discriminatório (preferindo a via indenizatória) e defende a necessidade de se reintegrar o empregado para assegurar a efetiva proibição a práticas discriminatórias, leciona o seguinte:

[...] unlike tax, anti-trust, or even labor relations law, the law of employment discrimination does not have the luxury of a single statutory scheme. Title VII of the Civil Rights Act of 1964 is the focus of this area of law, but it is far from the sole source of law. The Age Discrimination in Employment Act, the Equal Pay Act, and the Rehabilitation Act all play important roles. None of the statutes are islands, however; they are bound together by common substantive and procedural problems. Employment discrimination cannot be severed from traditional labor relations law. Labor statutes provide not only a potential source of protection against invidious discrimination but provide also the very framework for analysis of employment discrimination issues.⁵⁵

O legislador pátrio, entretanto, preferiu editar uma norma especial com tal finalidade. E ao tratar da problemática envolvendo o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, o legislador brasileiro optou por facultar ao empregado a opção entre uma indenização reparatória especial, ou, então, a sua reintegração no emprego⁵⁶, com o pagamento, devidamente corrigido, da remuneração do período do afastamento.

Ao conceder ao empregado, vítima de discriminação no momento da sua dispensa, a escolha entre as alternativas de percepção de uma quantia a título de sanção pecuniária e de restabelecimento do vínculo rompido, o legislador criou novo mecanismo limitador do exercício do direito de despedir, almejando vedar a rescisão contratual unilateral por motivo de discriminação do empregador. Não há uma vedação genérica à prática resilitória, mas apenas uma

55 1988, p. XVII. Na obra, à página 13, o professor Player afirma que *"experience under the discrimination and labor relations statutes has proved that reinstatement is necessary to protect the substantive policy. Only if the employee is reinstated will she be made whole. And only if reinstatement is ordered will the message reach other employees that the public policy can be pursued without job loss."*

56 Apesar de constar no texto legal a expressão "readmissão", o vocábulo "reintegração" se revela mais adequado, pois se trata de restabelecimento do vínculo empregatício, com o pagamento da remuneração do período compreendido entre a dispensa e o retorno do empregado, alcançado quase que necessariamente pela via judicial, mediante o ajuizamento de ação perante a Justiça do Trabalho. Dificilmente um empregador vai atender a um pleito extrajudicial, reconhecendo que cometeu ato de discriminação e espontaneamente permitindo o reingresso do empregado despedido em seu quadro de pessoal. A regra é o retorno pela execução forçada, mediante decisão judicial.

proibição dirigida aos atos praticados com base em motivo de discriminação do empregador.

O instrumento previsto na Lei n. 9.029 é, evidentemente, uma medida proibitiva de dispensa abusiva. A possibilidade de se obter a anulação da dispensa e a reintegração do empregado, as consequências típicas dos mecanismos oriundos do sistema protecionista da estabilidade própria, a enquadram na categoria de medidas restritivas do direito de despedir. Há, pois, uma verdadeira limitação jurídica à prática da dispensa, vedando-se a sua efetivação em determinadas circunstâncias, e não apenas uma simples inibição à sua concretização mediante freios econômicos. Tais características, contudo, não levam o *novel* mecanismo a ser enquadrado como uma forma de estabilidade jurídica no emprego.

Não há, no instrumento previsto na Lei n. 9.029 de 1995, a estipulação de uma proteção restrita aos empregados que preenchem determinadas condições (como o estado gravídico ou a qualidade de dirigente sindical) e a vedação à dispensa mediante a tipificação de um número reduzido de causas que autorizam a rescisão contratual. Ocorre, no modelo em tela, exatamente o contrário: a estipulação da proibição à dispensa apenas quando esta for praticada por um fundamento específico (no caso, motivo discriminatório), por representar a despedida em tais moldes um abuso de direito por parte do empregador. Ao invés de estipular que está vedada a dispensa, salvo quando presente uma justa causa ou uma falta grave (e, em alguns casos, quando observado um procedimento solene), como ocorre nas normas assecuratórias de estabilidade jurídica no emprego, a Lei n. 9.029 não impõe restrições à dispensa arbitrária ou sem justa causa, quando esta não tiver por causa um motivo discriminatório.

Em princípio, assim, admite-se a dispensa, **desde que** esta não seja fundada em causa abusiva nos termos delineados pelo legislador.

O protecionismo da Lei n. 9.029 de 1995, assim, alcança os empregados de uma forma geral, não sendo possível enquadrar o respectivo instrumento como nova modalidade de estabilidade jurídica no emprego. Enquanto é reduzido o número de empregados “estabilitários” no país, a Lei em tela alcança a generalidade dos trabalhadores sujeitos à legislação trabalhista consolidada. Nesse sentido, portanto, à luz da Lei n. 9.029 de 1995, é perfeitamente admissível a despedida sem justa causa. Apenas se impõe que tal causa, mesmo não sendo tipificada como “justa” pelo legislador, não tenha índole discriminatória, pois neste caso se tornará anulável. Exige-se para a incidência da citada norma legal, pois, apenas a existência de despedida fundamentada em motivo discrimi-

minatório. Ocorrendo o exercício do direito de despedir em tais moldes, o ato resilitório se torna passível de anulação, incumbindo ao empregado formular a opção entre a indenização ressarcitória e a sua reintegração no emprego.

Suficiente é a caracterização de uma dispensa discriminatória, por conseguinte, para surgir em favor do empregado, independentemente de qualquer qualidade pessoal deste, o direito de tornar ineficaz o ato resilitório. E o caminho até a anulação da dispensa será, naturalmente, por meio da via judicial.

A Lei n. 9.029 não impõe ao empregado o ajuizamento de ação perante a Justiça do Trabalho, mas tal é o procedimento lógico a seguir para a solução do litígio gerado pela despedida irregular. Dificilmente o empregado conseguirá o seu retorno à empresa por meio de outra forma de composição de conflitos, como a negociação individual (com ou sem mediação) ou a arbitragem. A própria natureza da lide (dispensa em virtude de discriminação), cria embaraços à uma solução extrajudicial. Via de regra, o empregado terá de ingressar em juízo e postular a tutela jurisdicional do Estado, para afinal obter, caso sua pretensão seja acolhida pela Justiça do Trabalho⁵⁷, a sua reintegração no emprego.

Mediante a aplicação da medida prevista no primeiro inciso do artigo 4º da Lei 9.029 de 1995, assim, a dispensa discriminatória não é meramente inibida, mas sim proibida, restringindo-se de fato o respectivo direito patronal de resilir o contrato. A possibilidade de se anular o ato resilitório e determinar o retorno do empregado ao seu posto empregatício, portanto, eleva o instituto ao plano de medida restritiva do exercício do direito de despedir.

Por meio do mecanismo em tela, destarte, o controle do exercício de tal direito é inicialmente realizado pelo legislador, de forma abstrata, mediante a fixação da disciplina consubstanciada nas regras da Lei n. 9.029 de 1995. Em seguida, caso ocorra a inobservância espontânea dos ditames da lei, mediante

57 A questão acerca do ônus da prova acerca dos fatos litigiosos, em demandas envolvendo pedidos de anulação da dispensa discriminatória, se define de acordo com o teor da resposta do empregador/reclamado. Se este simplesmente negar a existência do motivo discriminatório apontado na exordial, sem indicar outra causa para a dispensar, o ônus recairá sobre o empregado/reclamante. Se, por outro lado, o empregador/reclamado utiliza uma defesa de mérito indireta (objeção ou exceção substancial), apontando fato obstativa do direito do autor mediante a indicação de outra causa justificadora de resilição, assumirá o encargo probatório acerca do respectivo fato. Na legislação processual espanhola, por sua vez, o artigo 96 do Procedimento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995) estabelece a seguinte regra: *"En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva e razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidade"*.

a aplicação direta pelo empregador, o controle é efetivado coercitivamente no plano empírico, normalmente pela via da atividade concretizadora dos órgãos jurisdicionais, quando o empregado ingressa em juízo com uma ação postulando a sua reintegração, e, em seguida, a Justiça do Trabalho, após invalidar a dispensa praticada por motivo discriminatório, expede mandado de reintegração forçada, restabelecendo a relação de emprego irregularmente rompida em violação aos princípios da igualdade e da não discriminação, consagrados no texto constitucional e na própria Lei em tela⁵⁸.

E, conseqüentemente, promove o Estado-Juiz a concretização do ideal de Acesso à Justiça mediante a materialização de uma tutela jurisdicional assecuratória dos respectivos postulados.

A sua finalidade primordial, assim, é vedar tal espécie de prática discriminatória. Os beneficiados pela nova norma, constata-se, não são apenas os empregados do país. O Estado e a sociedade brasileira, em última análise, formam o alvo principal da ação do legislador.

4. CONCLUSÕES

A proteção concedida ao empregado em face da Lei n. 9.029, portanto, decorre de nova intervenção do Estado-legislador no âmbito das relações de trabalho, destinada especificamente a proibir a discriminação quando da efe-

58 Francisco Gérson Marques de Lima (**Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**, p. 197) critica a timidez do legislador pátrio, que, apesar de prever a anulabilidade da dispensa discriminatória, não assegura ao empregado qualquer estabilidade após o seu retorno, e, assim “como conseqüência, fácil se torna a rescisão contratual do obreiro admitido por discrimen, pouco tempo após este fato”. Em seguida (p. 198), o professor Francisco Gérson leciona que “na pauta do que fazer contra as represálias da entidade patronal não é suficiente interpretar esta atitude como mera aplicação do direito potestativo ou remetê-la à retaliação ao exercício do direito de ação do trabalhador. Não adianta taparmos o sol com a peneira nem, tampouco, forjarmos uma inverdade, no intuito de liberar a empresa das conseqüências do discrimine, para, na melhor das hipóteses, inseri-la no rol da condenação nos títulos resilitórios por dispensa sem justa causa. Definitivamente, não. Pois isto seria menosprezar a carga de efetividade dos preceitos fundamentais e fundamentantes da Constituição Federal, mormente o direito de ação e o de igualdade de tratamento. A exegese há de ser mais veemente, para desestimular e, mesmo, vedar estes abusos dos empregadores, esmerados, na verdade, nas discriminações. Nesta linha de raciocínio, para evitar tranqüibérrias ao fim da lei, nosso juízo orienta-se para que, em virtude de qualquer dispensa ou retaliação empresarial o trabalhador que haja exercido o seu direito à igualdade de tratamento, o intérprete veja em referida atitude evidente ofensa ao tratamento isonômico, sob a mesma modalidade (raça, cor, sexo, idade) anteriormente resguardada ao obreiro. Desta forma, configurada restará a discriminação, e, portanto, aplicar-se-lhe-ão as sanções das Leis ns. 9.029/95, 7.716/89 e 7.437/85, conforme a hipótese. E vamos além: a prática ou ato discriminatório assim coonestado poderá, mesmo configurar reincidência.”

tivação da dispensa. O objetivo imediato da ação estatal, pois, é a proibição da conduta discriminatória. A consequência de tal vedação, por sua vez, é que gera a proteção ao empregado. O Estado e a sociedade, assim, são os principais sujeitos passíveis da dispensa discriminatória. Como afirma a juíza Adriana Goulart de Sena⁵⁹, “fica evidente que o que a lei está combatendo é a discriminação”.

A necessidade de fazer prevalecer os princípios da igualdade e da não discriminação, destarte, gerou novo modo de disciplinar o exercício do direito de despedir, e, conseqüentemente, nova forma de proteção à relação de emprego.

Foi, principalmente, a preocupação em proteger tais interesses maiores, assim, que levou o legislador a introduzir a novel medida ao campo da legislação trabalhista pátria. Mas as suas repercussões imediatas, como é de fácil percepção, ecoam intensamente no campo do Direito do Trabalho. Especialmente como forma de estimular a continuidade da relação de emprego.

A luz de tais constatações, portanto, constitui a medida proibitiva do artigo 4º, *caput* c/c inciso I, da Lei n. 9.029 de 1995, um modelo normativo de expressa vedação à dispensa discriminatória, representando o primeiro mecanismo criado pelo legislador ordinário pátrio com a explícita finalidade de proibir o exercício abusivo do direito de despedir.

A medida restritiva prevista na Lei n. 9.029 de 1995, por outro lado, igualmente revela o primeiro passo concreto do legislador brasileiro em direção a nova forma de disciplina do direito de despedir, chamada por alguns de “dispensa sob controle”, no caminho a um variante moderno do clássico sistema de estabilidade própria, um sistema da dispensa “socialmente justificada”.

Enquadrando-se como medida restritiva do direito de despedir, dentro do sistema protecionista da estabilidade própria, o instrumento previsto na Lei n. 9.029 de 1995 representa nova forma de manifestação do controle legislativo sobre a prática da dispensa, distinta das modalidades clássicas de estabilidade jurídica no emprego. Não ocorre no novo modelo, assim, uma interferência minuciosa do legislador na seara da motivação do ato resilitório, por meio de uma tipificação prévia das causas autorizadas da rescisão contratual. Ao invés de proibir a dispensa como regra, admitindo-se a sua prática apenas como exceção (para tanto, exigindo um motivo legítimo tipificado em lei e, em algumas hipóteses, a observância de um prévio procedimento formal como um inquérito judicial), no novo mecanismo admite-se a dispensa mesmo sem justa

59 **Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira**, 1996, p. 15.

causa, desde que o motivo não seja abusivo, ou seja, desde que o exercício do direito de despedir não venha a constituir abuso de direito.

Continua a existir, pois, um controle sobre a prática da dispensa, mas sem uma intervenção excessiva do Estado quanto à exigência de uma ou outra causa específica, minuciosamente descrita pelo legislador, para lhe servir de fundamento. Há apenas a estipulação de motivos específicos que não poderão servir de causa para a dispensa, por representarem uma agressão direta a interesses maiores do Estado e da própria sociedade, e, assim, levarem a despedida a ser enquadrada como antissocial. Um verdadeiro abuso de direito.

O direito de despedir desfrutado pelo empregador, por conseguinte, encontra nova forma de limitação, sujeitando-se a uma disciplina legal destinada a evitar o abuso de tal direito, potestativo mas não absoluto.

Ao menos no plano abstrato da lei, destarte, o empregado encontra uma via de acesso à justiça mediante instrumentos capazes de proibir a despedida abusiva. A eficácia de tais mecanismos na prática, entretanto, somente poderá ser avaliada com o decorrer do tempo.

Mas, com a mais absoluta das certezas, o atual estágio revela que os operadores do Direito do Trabalho no país ainda não acordaram para tal realidade. Permanecem sonolentos. Nessa fase ainda inicial, a exploração de tão brilhantes instrumentos tem se demonstrado excessivamente tímida. Quase que inexistente. Lamentavelmente.

Enquanto isso, o uso abusivo do direito de despedir persiste, como uma praga no dia a dia das relações de trabalho, violentando os direitos de igualdade e de não discriminação, ferindo a dignidade do trabalhador, e, de igual forma, os fundamentos e objetivos do Estado e da própria sociedade brasileira.

Mas os operadores do direito devem, eventualmente, acordar para tal realidade.

Sem dúvida.

Ainda há esperanças para quem acredita no Direito do Trabalho.

É o que se espera.

5. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. Tese de doutorado em direito na UFMG, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. Sixth edition. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. **Lei 9.029 de 1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.029%2C%20DE%2013,trabalho%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 1 dez. 2022.

BRASIL. **Lei 13.105 de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar: 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

ANDRADE, Everaldo Gaspar de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1988.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais**. São Paulo: LTR, 1997.

KELSON, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Lei de introdução ao código civil e aplicação no direito do trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1996.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Igualdade de tratamento nas relações de trabalho**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.sigas.pe.gov.br/files/04092019102510-declaracao.universla.dos.direitos.hmanos.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

PASSOS, Edésio. Práticas discriminatórias contra trabalhadores – Lei n. 9.029/95. **Revista LTR**, p. 900, jul. 1995.

PLAYER, Mack A. **Employment discrimination law**. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1987.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 1996.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1995.

SENA, Adriana Goulart de. Mulher e trabalho na cena jurídica brasileira. *In: Temas de direito e processo do trabalho*. Coordenação AMATRA III. Belo Horizonte. Del Rey. 1996.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTR, 1997.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O princípio da igualdade de tratamento. **Revista LTR**, p. 443, abr. 1996.

DE SONHOS, CAMINHOS E (NÃO) FUTURO: A HISTÓRIA DE ANA

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert

Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Florianópolis (TRT/12). LLM em Direito Comparado pela Universidade de Miami. Conselheira da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Trabalhistas (a partir de 17/10/2022). Membro do conselho técnico-científico da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (biênio 2021/2023). Gestora Regional do Programa do Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo Aprendizagem do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (a partir de maio/22). Membro do Grupo do Trabalho da Comissão Permanente de Eficiência Operacional, Infraestrutura e Gestão de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça (a partir de maio/2022). Professora convidada do curso de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho sob a Perspectiva do Compliance Trabalhista, LGPD e Decisões Judiciais Pós-Reforma Trabalhista na Faculdade CESUSC – Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina. Parecerista e membro da Comissão Revisora da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Autora de obras, artigos jurídicos e crônicas literárias.

INTRODUÇÃO

Ana tinha apenas 16 anos.

Naquele dia, saiu de casa para trabalhar na pequena lanchonete.

O patrão havia dito que não ia, por ora, assinar sua carteira de trabalho, já que Ana estava em contrato de experiência.

O trabalho era fácil, disse ele; era só faxinar e limpar o local.

Mas Ana nunca tinha trabalhado.

Por isso, estava orgulhosa e feliz de ter sido contratada.

Mesmo chegando em casa cansada, estudava e dormia cedo.

Não queria decepcionar os pais e os professores, porque era boa aluna e queria estudar em uma universidade pública, quando finalizasse o ensino médio.

Agora, a minha vida vai mudar, pensou.

la poder ajudar seus pais e comprar aquele tênis branco que tanto queria.

Ah, e aquela mochila colorida, que tanto olhava na vitrine.

Naquela segunda-feira, Maria, que era a atendente na lanchonete, não veio.

E como só havia Ana e João no local, este lhe pediu que extraísse um caldo de cana para um cliente, mesmo que ela nunca tivesse mexido naquela máquina antiga ou fosse ensinada a lidar com os botões e comandos da máquina de moer cana.

Aliás, Ana nunca havia tomado um caldo de cana, embora tivesse vontade, já que quase nunca saía de sua casa, a não ser para ir para o colégio. E foi aí que os sonhos da menina foram devastados: a máquina prensou sua mão, e com o impacto, dois dedos se foram, a metade de outro, além da limitação de movimentos da mão direita.

Para sempre.

Ana não pensou em nada além dos sonhos roubados.

O que queria Ana da vida?

Quais sonhos lhe esperavam antes do acidente?

Viagens, passeios, namoros, momentos felizes com a família e com amigos – tudo isso ficou suplantado sob as cicatrizes e dores.

Os cadernos, as idas à praia, o diário secreto.

Tudo ficou para trás.

Tudo ficou perdido naquela triste tarde de dezembro, em que Ana perdeu a inocência de que dias melhores viriam.

O trabalho infantil faz isso.

Destrói sonhos.

Destrói planos de escapar da pobreza.

Põe por terra planos de um futuro melhor.

O trabalho infantil expõe a criança e o jovem ao horror dos acidentes que mutilam adultos.

Traumatiza.

Faz chorar.

Faz adolescente virar adulto, por conta da tragédia.

Ana não é apenas mais um número na estatística de acidentes de trabalho.

Ana é uma jovem adolescente, que não deveria estar trabalhando, salvo na condição de aprendiz, não sendo demais lembrar do princípio da proteção integral⁶⁰, insculpido no artigo 227, da Constituição Federal, bem assim das Convenções 138 e 182 da OIT, que dão suporte ao combate ao trabalho infantil, além do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ana é aquela que tentou “andar a estrada”, tornar a estrada viva, mas que, no caminho, perdeu os sonhos, e, com eles, perdeu o futuro, como escrevera Mia Couto, em “Terra Sonâmbula”⁶¹:

“O que faz andar a estrada?

É o sonho.

Enquanto a gente sonhar, a estrada permanecerá viva.

É para isso que servem os caminhos, para nos fazerem parentes do futuro.”

1. TRABALHO INFANTIL. NÚMEROS

Segundo dados colhidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad) do IBGE, relativos aos anos de 2016-2019, há ainda 1,76 milhão de crianças em situação de trabalho infantil no Brasil, dos quais 66% são meninos e 34%, meninas.⁶²

60 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010)

61 COUTO, Mia. **Terra Sonâmbula**. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

62 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=29652&t=resultados>. Acesso em: 5 dez. 2022.

De acordo com o Observatório da Prevenção e da Erradicação do Trabalho Infantil, da OIT, cujos dados estatísticos foram revelados em 2021, acidentes graves de trabalho envolvendo menores de 14 anos aumentaram 30% em 2020.

No biênio 2019/2020, áreas de risco identificadas por revelar tráfico de crianças e adolescentes para o fim de exploração sexual comercial, por sua vez, subiram 46%.

Ainda, de 2012 a 2019, foram registradas cerca de 54,7 mil denúncias relacionadas ao trabalho infantil, sendo que, de 2012 a 2020, foram registrados 18,8 mil acidentes de trabalho envolvendo adolescentes de 14 a 17 anos de idade, com vínculo de emprego regularmente registrado em CTPS, conforme dados extraídos das Comunicações de Acidentes de Trabalho encaminhadas ao INSS.

Durante o mesmo período, outrossim, 46 adolescentes perderam a vida em decorrência de acidentes de trabalho.

Por sua vez, no meio rural, foram identificadas, em 2017, 580 mil crianças e adolescentes de até 13 anos trabalhando em estabelecimentos agropecuários no Brasil, o que corresponde a 3,8% do total de pessoas ocupadas no setor.⁶³

A desigualdade econômica e a pobreza cresceram ainda mais com a grave crise pandêmica enfrentada a partir de 2020.

O Brasil encontra-se, novamente, em situação de insegurança alimentar, com o retorno ao mapa da fome e o aumento da pobreza e da desigualdade econômica, que vêm atingindo, principalmente, crianças e adolescentes de famílias em situação de vulnerabilidade social.

A insegurança alimentar e a falta de renda dificultam, ainda mais, as oportunidades de desenvolvimento social na infância e na adolescência.

Essas crianças e jovens, ao chegar à vida adulta, tendem a se tornar, em regra, trabalhadores com baixa escolaridade e qualificação, obtendo salários menores e expondo-se a empregos em condições degradantes.

Perpetua-se, dessa forma, um círculo vicioso de pobreza.

A falta de acesso a uma alimentação adequada por grande parte da população brasileira, em especial crianças e adolescentes, tem sido um dos principais desafios enfrentados ao longo dos últimos anos.

Desde 2014, o país não mais figurava no Mapa da Fome da Organização das Nações Unidas (ONU), porém voltou a figurar nele a partir de 2015, agra-

63 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/132200-estatisticas-da-oit-indicam-tendencias-preocupantes-de-aumento-do-trabalho-infantil-no>. Acesso em: 5 dez. 2022.

vando-se a situação ao longo da pandemia de covid-19, com o aumento da pobreza no país.

De acordo com o Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de covid-19, de 2022, conforme dados revelados pela Agência Senado⁶⁴, 33,1 milhões de pessoas não têm garantido o que comer – o que representa 14 milhões de novos brasileiros em situação de fome.

É assustador saber que, conforme o referido estudo, mais da metade da população brasileira (58,57%) convive com a insegurança alimentar em algum grau, leve, moderado ou grave.

Constatar que crianças estão inseridas neste cenário em números expressivos, demonstra a urgência e a gravidade da situação, a demandar políticas públicas e responsabilidade de todos, família, Estado e sociedade, visando a fomentar uma rápida expansão dos programas de proteção social, inclusive transferências de renda, alimentação escolar e benefícios para as crianças e familiares de baixa renda, como forma de garantir segurança alimentar e evitar o aumento dos casos de trabalho infantil.

A responsabilidade de cuidar e proteger as crianças é do Estado e de todos nós, cidadãos, empregadores e sociedade.

Eradicar o trabalho infantil deve ser uma das principais, senão a principal, meta de todos os países e sociedades do mundo civilizado.

O Brasil assumiu esse desafio e se comprometeu a fazê-lo até 2025⁶⁵, mas, infelizmente, segundo os dados revelam, ainda estamos longe de cumprir essa meta.

Isso, contudo, não pode deter cada um de nós de se importar e lutar por esse fim.

Como juízes, temos que estar sensíveis à realidade dessas crianças e adolescentes.

Por isso, a proposta do ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, coordenador nacional do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, programa desenvolvido junto ao TST desde 2012, de estabelecimento de um protocolo para julgamento de crianças e adolescentes, destinado ao

64 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos>. Acesso em: 5.dez. 2022.

65 Segundo o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 8, da Agenda 2030, da ONU.

Poder Judiciário, mostra-se coerente à gravidade da situação e necessário ao correto enfrentamento dos problemas relacionados ao tema⁶⁶.

O Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Recomendação n. 33/2010⁶⁷, já constatou a necessidade de aprofundar o estudo do tema, ao recomendar aos tribunais “a implantação de sistema de depoimento vídeo-gravado para as crianças e os adolescentes, o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática” (item I).

Esta recomendação, vale dizer, se destina àqueles processos em que as crianças sejam vítimas ou testemunhas.

Porém, passados 12 anos daquela recomendação, é preciso avançar mais, tal como, recentemente, o próprio Conselho Nacional de Justiça fez em relação às questões de gênero, ao aprovar a Recomendação n. 128/22, que institui o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, de forma a fomentar o conceito de igualdade de gênero nos processos judiciais, orientando todos que atuam com o sistema de justiça, a fim de evitar a discriminação baseada em estereótipos e preconceitos existentes na sociedade.

É preciso novo olhar dos magistrados sobre as causas que afligem as crianças e os adolescentes, em especial na seara trabalhista, até mesmo para efetivar as metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável número 8 da Agenda 2030, da Organizações das Nações Unidas (em especial, o item 8.7⁶⁸), que assenta a importância do trabalho decente e do crescimento econômico, assegurando, entre outros objetivos, “[...] a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas”.

66 Proposta efetuada na palestra proferida pelo ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, intitulada “O Papel da Justiça do Trabalho na Erradicação do Trabalho Infantil”, no Seminário Internacional Direitos Humanos Sociais e Relações de Trabalho, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Trabalhistas no dia 29/11/2022, junto ao Tribunal Superior do Trabalho. Evento híbrido, disponibilizado no YouTube em: <https://www.youtube.com/watch?v=z-3qbjXqoaw>. Acesso em: 5 dez. 2022.

67 Resolução CNJ 33/10. Acesso em: 11 dez. 2022.

68 8.7 – Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

Para alcançar as metas do referido Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS), mostra-se necessário trabalho decente e de qualidade para todas as pessoas, em especial mulheres, jovens e outros grupos em situação de vulnerabilidade, erradicando o trabalho forçado e infantil e promovendo o empreendedorismo e a inovação tecnológica – tudo sem desprezo da proteção ao meio ambiente.

Se tais metas já eram de difícil consecução, com o advento da pandemia, tudo ficou ainda pior, com índices de desemprego ainda maiores, maior número de pessoas dependentes de programas sociais, recuperação econômica lenta, desigualdade de acesso às oportunidades de trabalho, maior precarização das condições de trabalho etc.

No Brasil, como já destacado, todos esses índices pioraram, sendo que, atualmente, no terceiro trimestre do ano de 2022, os números apontam 9,5 milhões de desempregados, e 4,3 milhões de desalentados, fora o aumento expressivo do número de crianças encontradas em trabalho infantil.⁶⁹

A Justiça do Trabalho, a quem compete, na forma do artigo 114, da Carta Magna, lidar com controvérsias relacionadas às relações de trabalho e emprego, inclusive, ações trabalhistas envolvendo trabalho infantil e acidentes de trabalho decorrentes dessa condição, precisa avançar no enfrentamento aos problemas existentes.

E há bons exemplos, construídos país afora.

Um deles, já adotado de forma bem-sucedida, é a criação de varas especializadas na Justiça do Trabalho, como os Juizados Especiais da Infância e Adolescência (JEIA), projeto executado no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região⁷⁰.

A Juíza do Trabalho do TRT/15, Eliana Alves dos Santos Nogueira⁷¹, uma das entusiastas do projeto, explica como funcionam estes juizados especiais:

Tais órgãos especializados passaram a ter competência material para analisar, conciliar e julgar todos os processos envolvendo trabalhadoras/es com idade in-

69 Conforme dados extraídos do site: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 11 dez. 2022.

70 NOGUEIRA, E. S. A. O combate ao trabalho infantil através de atuação especializada da Justiça do trabalho: os Juizados Especiais da Infância e Adolescência (JEIA), no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Revista Jus Laboris. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/208315>. Acesso em: 9 dez. 2022.

71 *Apud* NOGUEIRA, Eliana S.A. *op. cit.*, p. 60-61.

ferior a 18 anos, incluídos os pedidos de autorização para trabalho de crianças e adolescentes, ações civis públicas e coletivas e as autorizações para fiscalização de trabalho infantil doméstico. Em razão do julgamento da ADI 5.326, foram excluídas de tal competência a apreciação de ações que envolvam autorização para trabalho infantil artístico. Cada JEIA conta com uma juíza ou juiz do trabalho coordenador, que atua em sistema de acúmulo com a jurisdição da Vara do Trabalho para a qual está designado, bem como com o auxílio do diretor da unidade jurisdicional à qual está vinculado. Todas as ações distribuídas na respectiva jurisdição, individuais ou coletivas, que tratem dos temas “trabalho infantil” ou “aprendizagem”, devem ser remetidas à juíza ou juiz coordenador, para processamento e julgamento. A especialização da juíza ou do juiz do trabalho em questões afetas à infância e adolescência, na perspectiva do amplo conhecimento da legislação que lhe é própria, possibilita tratamento mais adequado das questões que são trazidas ao Judiciário por crianças ou adolescentes vítimas do trabalho infantil. Isso, porque torna possível dimensionar com maior exatidão os riscos do trabalho precoce, permite o aprofundamento no conhecimento das piores formas de trabalho infantil (Decreto n. 6.481/08), efetua diagnóstico mais preciso das situações que necessitam de intervenção de outros entes do Sistema de Garantia de Direitos, como o Ministério do Trabalho e Previdência ou mesmo o Ministério Público do Trabalho, e, ao final, atuando como catalisador de tais ações, amplia a perspectiva dos demais operadores de direito, que passam a demonstrar maior sensibilidade ao tema. A instituição de órgãos especializados em infância e adolescência, na Justiça do Trabalho, além de propiciar o amplo e profundo conhecimento do tratamento que o Direito do Trabalho dá a crianças e adolescentes, também possibilita a realização de ações voltadas à concretização do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem do TST, nas jurisdições onde tal especialização se concretiza. **O tratamento adequado das ações que envolvem trabalho em idade inferior a 18 anos de idade, pelo Judiciário Trabalhista, permite buscar a saída mais adequada e protetiva à criança ou ao adolescente encontrado em tal situação. No bojo do processo, é possível orientar os pais ou responsáveis sobre o malefício do trabalho precoce, orientar sobre a necessidade de finalização do ensino obrigatório, já que a evasão escolar costuma ser a regra nos casos em que há exploração pelo trabalho infantil.** [grifo nosso]

É fato que as varas especializadas costumam oferecer um tratamento mais adequado às demandas, para além do simples conciliar ou julgar, de forma que os juizados especiais em referência acabam por informar e esclarecer a comunidade sobre os malefícios do trabalho infantil, muitas vezes servindo como verdadeiras pontes a propiciar inclusive a obtenção de vagas de aprendizagem para os jovens nas empresas locais.

Além disso, o magistrado que atua em vara especializada acaba, com o perdão da redundância, por se especializar no tema, tendendo a olhar com maior acuidade os problemas que lhe são trazidos, para além da rotina que lhe é imposta entre tantos outros processos.

Este olhar mais sensível, outrossim, permite compreender o tema da infância e do trabalho infantil de forma mais empática e menos tecnicista, consoante lição do Prof. André Vianna Custódio⁷²:

Talvez, a maior parte das incongruências relativas ao tema infância e juventude no Brasil resulte num descompasso, compreensível historicamente, embora indiscutivelmente injusto, que denota uma transição entre compreensões distintas sobre um mesmo tema. **Trata-se nada mais que uma resistência, obscurecida por caracteres e práticas de caráter tecnicista, que insistem, pela tradição ou pela dificuldade de compreensão do novo paradigma, em tentar realizar uma leitura do Direito da Criança e do Adolescente com as lentes epistêmicas da antiga doutrina da situação irregular.** [grifo nosso]

Reconhecer a criança e o adolescente como sujeito de direitos é o primeiro passo, conforme o mesmo doutrinador, ao invocar o princípio da universalização⁷³:

O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos do catálogo são susceptíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura pró-ativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade.

72 CUSTÓDIO, André V. TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: PRESSUPOSTO PARA COMPREENSÃO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&p=91ba251fd8759ff0jmltdHM9MTY3MDYzMDQwMCZpZ3VpZD0xOWNmMDQ0Mi0zM-TA5LTY3NzktMmM0NS0xNjM0MzBkMDY2MTMmaW5zaWQ9NTI1Nw&ptn=3&hsh=3&fclid=19cf0442-3109-6779-2c45-163430d06613&psq=andre+viana+custódio+artigos&u=a1aHR-0cHM6Ly9vbmtpbmUudW5pc2MuYnlvc2Vlci9pbmRleC5waHAvZGlyZWl0by9hcnRyY2xlL3ZpZXCvNj-U3LzQ1NA&ntb=1>. Acesso em: 10 dez. 2022.

73 CUSTÓDIO, André V. op. cit.

O princípio da dignidade da pessoa humana, aliás, é norte que deve ser buscado na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, sendo, inclusive, o que mais se relaciona com o princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente, uma vez que busca o respeito e a proteção aos direitos da criança e do adolescente.

Não é demais lembrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança e Adolescente, que foi ratificada por 196 países e entrou em vigor no Brasil em 1990, mesmo ano do Estatuto da Criança e Adolescente, já previa a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, fazendo-os sujeitos de direito, aos quais, segundo VARALDA (2008)⁷⁴ “são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

Nesse sentido, um protocolo que oriente o julgamento mais empático e compassivo de causas envolvendo o tema, mais do que uma mera recomendação, vai ao encontro dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, além de colocar as crianças e adolescentes no centro do debate, conferindo efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e fazendo valer esse valor fundamental da República.

Envolver os jovens no debate da causa é outra boa iniciativa, uma vez que jovens são, via de regra, agentes multiplicadores do conhecimento que adquirem e repassam – principalmente, nos tempos atuais de comunicação pautada em redes sociais.

Porém, não basta apenas envolver os jovens.

É preciso prepará-los com informação de qualidade, para que possam replicar aos colegas as lições sobre os malefícios do trabalho infantil, derrubando antigos mitos.

Mais do que tudo, para disseminar os direitos da criança e do adolescente, é preciso o que o professor André Custódio fala na sua tese de doutorado: constituir “uma cultura de prevenção”⁷⁵.

Segundo o mesmo autor,

74 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica CONSULEX**, ano XII, n. 286, p. 28-30, 2008. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

75 CUSTÓDIO, André Vianna. A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação. 2006.

Os Fóruns de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil no Brasil tem atuado como espaço público não-estatal na disseminação de metodologias para a prevenção e erradicação do trabalho infantil. No entanto, seria adequado que os Fóruns de Erradicação do Trabalho Infantil fossem criados nos municípios para mobilizar as organizações comunitárias e articular uma política de prevenção e erradicação do trabalho infantil no plano local mediante a parceria com as organizações governamentais.

Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente são os agentes propulsores da política de promoção dos direitos da criança e do adolescente e poderiam juntamente com os Fóruns de Erradicação do Trabalho Infantil fomentarem iniciativas comuns. Contudo, uma política de promoção de direitos requer recursos suficientes para a sua implementação com qualidade. O Fundo da Infância e da Adolescência pode destinar recursos para essa finalidade, mas também é preciso que a própria comunidade exija a destinação de recursos públicos para a política de erradicação do trabalho infantil.

Essa cultura de prevenção deve ser construída, para além das políticas públicas, mediante a derrubada dos mitos que perpassam a questão, como o que prega que “trabalhar é formativo e traz dignidade”, desprezando o direito ao não trabalho das crianças.

O trabalho precoce rouba a infância.

As longas jornadas de trabalho, o maquinário inadequado à idade e o maior risco de acidentes acarretam sérios problemas físicos e psíquicos.

Se as condições precárias atingem, de forma nefasta, os trabalhadores adultos que, em tese, podem se defender melhor, imagine no caso da criança trabalhadora, vítima ideal de toda a sorte de exploração.

Outro mito é o de que, por estar em condição de pobreza ou em risco social, é melhor a criança trabalhar do que ficar pelas ruas, premissa que se mostra ainda mais equivocada porque condena a criança pela sua origem e acarreta um presente e um futuro sem direito a escolhas, ignorando que ela é titular de direitos fundamentais e tem direito ao não-trabalho.

Além do mais, além de implicar a perpetuação do ciclo de pobreza da criança, sua família e as gerações futuras, por prejudicar a frequência escolar e a regular formação infantil, o trabalho precoce subtrai da criança o direito inalienável de aproveitar a infância e ter momentos felizes como criança, sem as preocupações do trabalho, destinadas aos adultos.

Conscientização e informação são as palavras-chave, além do apoio de todos que se importam com as crianças do país⁷⁶, para que os direitos da criança e do adolescente sejam implementados com efetividade.

2. CONCLUSÃO

Os dados estatísticos, em especial no pós-pandemia, revelam a piora condições sociais e econômicas das crianças do país, em especial, o aumento dos casos de trabalho infantil.

A instituição de um protocolo para tratamento e julgamento das causas relacionadas à criança e ao adolescente, destinado ao Poder Judiciário, além da criação de varas especializadas e da utilização de um olhar mais empático e humano dos magistrados no tocante às controvérsias relacionadas ao trabalho de crianças e adolescentes, além de atender aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, também buscam dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana no particular.

A manutenção do *status quo ante* acabará por manter as crianças e os adolescentes como cidadãos de segunda classe.

Até quando nós, juízes do trabalho, agiremos como autômatos, não nos envolvendo nos dramas humanos que nos chegam por meio dos processos trabalhistas que debatem o trabalho infantil, e achando normal que Anas se acidentem todos os dias, nos mais diversos rincões do país?

É preciso dar um basta e assumir o protagonismo de agentes da mudança, como já destacava a Desembargadora Maria Zuíla Lima Dutra, destacada jurista que atua na causa do combate ao trabalho infantil⁷⁷.

Para quem assume o caráter humanístico existe a crença de que sempre é possível mudar a ordem das coisas e que, diante da injustiça, da impunidade e da barbárie, precisamos assumir o papel de sujeitos da história, transformando em atos a nossa indignação, de modo a contribuir para que os direitos humanos sejam respeitados.

Precisamos ser partícipes da mudança na luta por trabalho digno e por direitos humanos, em consonância com o ODS 8, da Agenda 2030.

76 COLUCCI, Viviane. O comunitarismo e as soluções para o combate ao trabalho infantil. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XV, n. 30, set. 2005.0

77 DUTRA, Maria Zuíla Lima. O intolerável trabalho infanto-juvenil doméstico e a inviolabilidade do lar. In: NOCCHI, Andrea S. P. et al. **Criança, Adolescente, Trabalho**, 2010.

Erradicar o trabalho infantil, pois, há que ser uma meta de todos, por meio de uma soma de iniciativas, políticas públicas e esforços articulados entre governos, sociedade civil e todos nós que nos importamos com o futuro das crianças e jovens do país, a fim de que possamos avançar e eliminar essa grave chaga do mundo que se diz civilizado.

A Justiça do Trabalho, por sua vez, deve lançar mão desse novo olhar, atento e sensível, às causas e consequências do trabalho infantil, seja nos processos que lhe são afetos, seja ocupando os espaços que lhe são destinados por intermédio do Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, atuando em rede com o Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, conselhos tutelares, escolas, pais e sociedade.

Somente desta forma, chegaremos ao que o pacifista e ganhador do Prêmio Nobel da Paz Kailash Satyarthi, um dia sonhou: “O único objetivo da minha vida é que toda criança é: livre para ser uma criança, livre para crescer e desenvolver, livre para comer, dormir, ver a luz do dia, livre para rir e chorar, livre para jogar, livre para aprender, livre para ir para a escola, e acima de tudo, livre para sonhar.”

Não é despidendo lembrar, por fim, que, para além dos conceitos técnicos e teóricos, a vida ocorre todos os dias sob nossos olhos, debaixo dos nossos processos.

Crianças e jovens precisam de nós e de nossa compreensão, acolhimento e proteção, para que possamos passar do projeto à ação na causa da erradicação do trabalho infantil do nosso país, devolvendo-lhes os sonhos.

Para que não tenhamos mais Anas, mutiladas, tristes e sem sonhos, batendo às portas do Judiciário Trabalhista.⁷⁸

3. REFERÊNCIAS

BASSI, Guilherme Aparecido; CÉSAR, João Batista Martins. **Trabalho infantil**: realidade e perspectivas: estudos em homenagem ao professor Oris Oliveira. São Paulo: LTr, 2016.

COLUCCI, Viviane. O comunitarismo e as soluções para o combate ao trabalho infantil. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano XV, n. 30, set. 2005.

COUTO, Mia. **Terra sonâmbula**. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

78 Dedico esse artigo a Hauana, uma menina brasileira de 16 anos de idade, que, sem carteira assinada, teve ceifados os seus sonhos, ao triturar os dedos numa máquina. Que Hauana, a despeito do acidente que lhe mutilou, possa chegar a ver um Brasil e um mundo melhor, sem trabalho infantil.

CUSTÓDIO, André V. A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação. Tese de doutorado. 2006.

CUSTÓDIO, André V. **Teoria da proteção integral**: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=91ba251fd8759ff0JmItdHM9MTY3MDYzMDQwMCZpZ3VpZ-D0xOWNmMDQ0Mi0zMTA5LTY3NzktMmM0NS0xNjM0MzBkMDY2MTMmaW5zaWQ9N-TI1Nw&ptn=3&hsh=3&fclid=19cf0442-3109-6779-2c45-163430d06613&psq=andre+via-na+custódio+artigos&u=a1aHR0cHM6Ly9vbmxbmUudW5pc2MuYnlvc2Vlci9pbmRle-C5waHAvZGlyZWl0by9hcnRpY2xIL3ZpZXcvNjU3LzQ1NA&ntb=1>. Acesso em: 10 dez. 2022.

NOCCHI, A. S.P.; VELLOSO, G.N.; FAVA, Marcos n. (Org.). **Criança, adolescente, trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

NOGUEIRA, Eliane S. A. **O combate ao trabalho infantil através de atuação especializada da Justiça do trabalho**: os Juizados Especiais da Infância e Adolescência (JEIA), no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/208315>. Acesso em: 9 dez. 2022.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: Ltr, 2006.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. [s.l.]: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Roberto da. A construção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Âmbito Jurídico, ago. 2001. Acesso em: 16.dez.22.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidades na garantia dos direitos de crianças e adolescentes. **Revista Jurídica CONSULEX**, ano XII, n. 286, p. 28-30, dez. 2008. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Artigos/Artigo%20-%20ABMP.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

AS ATIVIDADES ESSENCIAIS DURANTE A PANDEMIA E OS DIFERENTES CUSTOS DA COVID-19 PARA OS TRABALHADORES BRASILEIROS SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO E RAÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Maíra Guimarães Araújo de la Cruz

Mestranda em Regulação Social do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS/CAPES). Integrante da Coordenação do Grupo de Estudos contra Práticas Discriminatórias nas Relações de Trabalho da EJUD 5. Juíza do Trabalho Substituta do TRT da Bahia.

Manuela Hermes de Lima

Mestra em Direito Público (UCSAL em convênio interinstitucional com a UFPE). Coordenadora do Grupo de Estudos contra Práticas Discriminatórias nas Relações de Trabalho da EJUD5. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Jacobina do TRT da Bahia.

INTRODUÇÃO

Entre as medidas de enfrentamento à pandemia de covid-19, uma das mais eficazes foi, e continua sendo, a imposição de isolamento social. O êxito desta medida, por sua vez, está, diretamente, associado à capacidade do Estado de assegurar e exigir dos empregadores que garantam rendimento aos trabalhadores, a fim de tornar viável a sua subsistência, durante o período de restrição da circulação pública, o que, contudo, encontra grandes desafios em sociedades nas quais a precarização das relações de trabalho, com crescimento da informalidade e insegurança nos vínculos de emprego, é elevada.

Tais medidas, por sua vez, ainda que necessárias à preservação da vida, bem jurídico maior a ser preservado, implicaram inevitáveis impactos econômicos para a sociedade, com o fechamento de estabelecimentos comerciais, redução das atividades econômicas, encerramento de postos de trabalho e, até mesmo, dispensas coletivas.

Por outro lado, para a satisfação das necessidades básicas da coletividade, algumas atividades, por força da sua essencialidade, continuaram a ser exercidas. Dentro dessa chave, abrem-se inúmeros debates relevantes, relacionados ao conceito de “essencialidade” e às contrapartidas necessárias aos trabalhadores, cujo engajamento nas atividades essenciais, durante o contexto pandêmico, implicou não apenas inúmeras restrições ao conjunto de seus direitos, como grave exposição da própria saúde e a de seus familiares.

Ainda é possível afirmar que, no contexto brasileiro, restou evidente, diante da excepcionalidade do período de pandemia e das medidas necessárias para contê-la, que o trato político do Poder Executivo, em relação à crise, não encontrou respaldo no marco legal pátrio sobre “atividades essenciais” e, o que se viu, principalmente no ano de 2020, foi uma desenfreada produção legislativa, classificando inúmeras atividades como essenciais, com o propósito de se legitimar, muito além da imprescindibilidade da sua execução, a demanda de setores econômicos pela manutenção da atividade comercial e a própria exposição ao risco de contaminação dos trabalhadores e trabalhadoras.

Percebeu-se, pois, que, ao mesmo tempo em que diversas atividades foram reputadas essenciais pelo Estado, muitos trabalhadores convocados a executá-las, permaneceram na informalidade, à margem da proteção estatal, social e trabalhista, constatando-se, inclusive, um incremento nos índices de mortalidade entre os trabalhadores em atividades essenciais, quando comparados com o período pré-pandêmico.

O presente artigo se propõe, pois, a analisar a situação dos trabalhadores recrutados ao trabalho, durante a pandemia, por conta da essencialidade do seu labor, e como a ausência de contrapartidas necessárias para o risco enfrentado, em termos de proteção social e garantia de direitos, implicaram, no caso brasileiro, não apenas elevados custos assumidos por esses trabalhadores, mas graves distorções, sobretudo quando analisados, sob uma perspectiva de gênero e raça nas relações de trabalho.

1. A CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ESSENCIAIS E A AUSÊNCIA DE CONTRAPARTIDAS PROTETIVAS AOS TRABALHADORES

A Constituição Federal de 1988 previu, no parágrafo 1º do art. 9º, que a lei regularia “os serviços ou atividades essenciais” e “o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, vinculando à atividade essencial dois elementos importantes: o temporal, que atrela a essencialidade ao que é inadiável, e, ainda, a prevalência do interesse público e das necessidades da comunidade, que são satisfeitas pelo trabalho humano, como promotor do bem-estar comum.

Assim, a Lei n. 7.783/1989, vigente até os dias atuais, definiu o que seriam atividades essenciais, regulamentando o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Hoje, após alterações recentes, a lei que “dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”, classifica como essenciais as seguintes atividades:

- I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II – assistência médica e hospitalar;
- III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V – transporte coletivo;
- VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo e navegação aérea;
- XI – compensação bancária.
- XII – atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social;

XIII – atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência);

XIV – outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade;

XV – atividades portuárias.

No contexto da pandemia de covid-19, o Brasil se viu atravessado por uma crise política e institucional que se explicitou por meio de divergências entre o entendimento de representantes dos poderes executivos municipal e estadual e a posição do poder executivo federal quanto à implementação das internacionalmente recomendadas medidas de isolamento social.

Instado a dirimir a controvérsia, o STF, ao interpretar o artigo 3º da Lei n. 13.979/2020, na ADI n. 6.341, entendeu que a União pode definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, desde quando o exercício desta competência preserve a autonomia dos demais entes federativos, preservando-se, assim, o princípio da separação dos poderes.

Assim, os entes federativos, no exercício de suas competências constitucionais e no âmbito de seus territórios, adotaram diversas medidas de enfrentamento à pandemia de covid-19, restringido a atividade econômica, por meio do isolamento social, medida reconhecidamente eficaz para a redução do número de infectados e de óbitos, como recomenda a Organização Mundial de Saúde, ao tempo em que autorizaram, por decretos, a continuidade de diversas outras atividades, por meio da sua classificação como essenciais à sociedade.

Nesse contexto, inicia-se a edição de inúmeros decretos pelo Presidente da República, aumentando, sucessivamente, o rol de atividades essenciais durante a pandemia de covid-19.

O Decreto n. 10.282/2020 regulamentou, assim, a Lei n. 13.979/2020, definindo, inicialmente, nos cerca de 30 incisos do rol do art. 3º, os serviços públicos e as atividades essenciais. Após a edição deste decreto, o Presidente da República editou outros quatro, acrescentando ao rol diversas outras atividades essenciais, quais sejam: Decreto n. 10.292/2020, n. 10.329/2020, n. 10.342/2020 e n. 10.344/2020. Ainda, o Decreto n. 10.288/2020 definiu as atividades e os serviços relacionados à imprensa como essenciais.

A versão atual do parágrafo 1º do art. 3º do Decreto n. 10.282/2020 classifica, em mais de 50 incisos, inúmeras atividades como essenciais, mesmo após ressaltar que somente “são serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

Os decretos editados no âmbito da União reconhecem, contudo, como atividades essenciais, desde os serviços de assistência à saúde, a serviços de entrega de produtos variados, serviços de reparo pneumáticos, salões de beleza e academias de ginástica. Frise-se, ainda, que a redação original do inciso V do art. 3º, cuja redação fora alterada pelo Decreto n. 10.329/2020, previa, expressamente, como atividade essencial “o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo”.

Não bastasse o extenso rol de atividades essenciais do art. 3º do Decreto n. 10.282/2020, quase todos os estados do país editaram Decretos, instituindo, em seus respectivos territórios, novas atividades essenciais.

Para exemplificar, destaca-se o Decreto n. 1.414/2020 do estado do Amapá, que previu, em seu art. 1º, parágrafo 3º, inciso IV, como atividade essencial, a prestação de serviços de entrega domiciliar de determinados produtos; o Decreto n. 42.106/2020 do estado do Amazonas que previu, em seu art. 1º, inciso III, como atividade essencial, os “serviços de transporte público, incluídos os motoristas de aplicativo e os taxistas” e o Decreto n. 4.626-R/2020 do estado do Espírito Santo, que suspendeu, em seu art. 3º, “o funcionamento de estabelecimentos comerciais”, ressaltando, contudo, em seu parágrafo 7º, que a “suspensão prevista no *caput* não impede que o estabelecimento comercial realize entrega de produtos (*delivery*)”.

Já o estado do Pará classificou, no Decreto n. 729, de 5 de maio de 2020, como essenciais, todos os serviços domésticos, durante a pandemia, limitando-os, posteriormente, após fortes repercussões negativas, tal como procedido por outros estados, como Pernambuco, no Decreto n. 49.017, de 11 de maio de 2020, a serviços específicos, “quando imprescindíveis aos cuidados de criança, idoso, pessoa enferma ou incapaz”.

Nesse sentido, causa perplexidade a consideração por alguns decretos estaduais do trabalho doméstico como atividade essencial, sem nenhum tipo de especificação das tarefas envolvidas na conceituação, e sem considerar, de outro lado, que a condição majoritária desse grupo de trabalhadores é a

informalidade (28,6% em 2018)¹, pois prevalecem no país prestações de serviços domésticos na condição de diaristas.

Nessa esteira, a pesquisa desenvolvida por Raquel Santana² oferece relevante critério, no sentido de pensar a atividade doméstica como atividade passível de especializações, sendo que, entre elas, as atividades de cuidado dedicadas a pessoas que dependem desse tipo de serviço para o exercício cotidiano das atividades elementares à reprodução da vida, difere significativamente da prestação de serviços de limpeza ou cozinha para uma família que poderia se reorganizar para assumir esse trabalho diretamente.

No mesmo sentido, o Ministério Público do Trabalho emitiu a Nota Técnica n. 4/2020³, recomendando que os trabalhadores domésticos fossem liberados do trabalho, com as seguintes observações:

[...] remuneração assegurada, no período em que vigorarem as medidas de contenção da pandemia do coronavírus, excetuando-se apenas as hipóteses em que a prestação de seus serviços seja absolutamente indispensável, como no caso de pessoas cuidadoras de idosas e idosos que residam sozinhos, de pessoas que necessitem de acompanhamento permanente, bem como no caso de pessoas que prestem serviços de cuidado a pessoas dependentes de trabalhadoras e trabalhadores de atividades consideradas essenciais nesse período (artigo 3º, § 3º, da Lei n. 13.979/2020).

Assim, embora o valor social do trabalho seja vetor constitucionalmente assegurado no Brasil, ressalta-se que das mais de 6,2 milhões de trabalhadoras domésticas do país, apenas 1,78 milhão possuíam, até 2018, registro formal em carteira de trabalho⁴ e outros milhares de trabalhadores vinculados aos aplicativos de entrega ainda reivindicam direitos mínimos trabalhistas, como “limite

1 BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI**: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da Pnad contínua. nov. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020

2 SANTANA, Raquel. **O trabalho de cuidado remunerado em domicílio como espécie jurídica do trabalho doméstico no Brasil**: uma abordagem justralhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

3 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. **Nota Técnica Conjunta n. 04, de 17 de março de 2020**. [Brasília, DF]: Ministério Público do Trabalho, [2020]. Disponível em <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus-1.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2020.

4 DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz; SANTANA, Raquel. Racismo institucional: o que é essencial em tempos de pandemia? **Jota**, 18/6/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/>

de jornada, contagem do tempo real à disposição dos aplicativos como parte da jornada e a garantia da remuneração mensal mínima”, conforme apontam Renata Dutra e Ricardo Festi⁵.

Percebe-se, pois, que a classificação de diversas atividades como essenciais não veio acompanhada de contrapartidas protetivas aos trabalhadores que, convocados pelo Estado, continuaram a prestar seus serviços em prol da coletividade, sem garantias trabalhistas ou sociais.

Por outro lado, embora se trate de conceito jurídico indeterminado, cuja definição exata não foi estabelecida pela Constituição, é importante retomar que o conceito de essencialidade das atividades sinaliza o bem jurídico a ser tutelado (interesses inadiáveis da comunidade), bem como impõe, a partir do conjunto axiológico que norteia o texto constitucional de modo sistemático, uma densidade hermenêutica possível para essa expressão, de modo que o alvo da tutela jurídica é a comunidade compreendida como conjunto de pessoas que trabalham e contratam trabalho, preservadas, sobretudo, em relação aos valores fundamentais da vida e da dignidade.

Nesse sentido, enquadramentos unidirecionais como aqueles que pensam em sacrifícios desproporcionais entre os cidadãos que trabalham – como, aliás, é corriqueiro nas políticas de austeridade⁶ – em proveito da comodidade dos tomadores dos seus serviços não podem ter lugar em uma regulamentação conformada ao texto constitucional⁷. Igualmente, é imperativo considerar que, em havendo uma demanda coletiva pelo sacrifício de determinados grupos em favor da coletividade, esse grupo perceba, como contrapartida mínima assegurada pelo Estado, a compensação material pelo risco assumido associada à segurança em relação ao trabalho e às condições seguras para sua execução.

Percebe-se, pois, que embora o Estado tenha considerado diversas atividades como essenciais à própria reprodução da vida humana em sociedade,

opinio-e-analise/artigos/racismo-institucional-o-que-é-essencial-em-tempos-de-pandemia? Acesso em: 5 ago. 2020.

5 DUTRA, Renata Queiroz; FESTI, Ricardo. O segundo breque dos Apps. **Correio Braziliense**, Brasília, 24 jul. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opinioao/2020/07/24/internas_opinioao,874870/o-segundo-breque-dos-apps.shtml. Acesso em: 5 ago. 2020.

6 FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

7 BLYTH, Mark. **Austeridade: A história de uma ideia perigosa**. Trad. Freitas e Silva (E-book). Autonomia Literária, 2018.

sequer reconhece os trabalhadores que as desenvolvem, caso dos motoristas de aplicativos e entregadores (*delivery*), como destinatários da proteção trabalhista, que seguem sendo tratados como empreendedores ou “patrões de si mesmo”, desprotegidos socialmente e sem garantias trabalhistas.

Avançando em relação aos trabalhadores formais, ao se analisarem os dados divulgados pelo Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), do Ministério da Economia, relativos ao primeiro trimestre de 2021, constatamos que as ocupações que mais registraram aumento de mortes no Brasil foram aquelas em que seus trabalhadores foram convocados para trabalhar durante o isolamento social, em razão da essencialidade da atividade.

Conforme pesquisa divulgada por Marcelo Soares, no periódico **El País**⁸, em 5 de abril de 2021, frentistas de posto de gasolina, por exemplo, tiveram um salto de 68% na comparação das mortes entre janeiro e fevereiro de 2020 e janeiro e fevereiro de 2021. Em relação aos operadores de caixa de supermercado, o percentual foi semelhante, cerca de 67% e quanto aos motoristas de ônibus foram cerca de 62% a mais de mortes. Entre os trabalhadores do ramo de segurança/vigilância, houve 59% no incremento do índice de mortes na comparação entre os períodos analisados.

Referida pesquisa aponta que os dados do Caged sinalizam o alto custo assumido pelos trabalhadores de atividades consideradas essenciais, que pagaram com a própria vida pelo exercício do seu labor, elevando a taxa de mortalidade para índices muito superiores à média da população. Importante ressaltar, ainda, que o CAGED não contabiliza os números do mercado informal, deixando de considerar percentual relevante de trabalhadores brasileiros.

A pesquisa avança para concluir que quanto aos trabalhadores da saúde, os maiores números de mortes foram registrados entre os profissionais de enfermagem, especialmente os técnicos. Outra categoria analisada foi a dos professores. Em janeiro e fevereiro de 2021, 83 contratos formais de professores do ensino fundamental foram encerrados por morte, contra 42 no mesmo período do ano passado.

Ainda, a construção civil, inserida no rol de atividades essenciais do art. 3º do Decreto n. 10.282/20 pelo Decreto n. 10.344/20, aparece como um dos setores

8 SOARES, Marcelo. Mortes entre caixas, frentistas e motoristas de ônibus aumentaram 60% no Brasil no auge da pandemia. El País, 5/4/2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-05/caixas-frentistas-e-motoristas-de-onibus-registram-60-a-mais-de-mortes-no-brasil-em-meio-ao-auge-da-pandemia.html>. Acesso em: 13 jul. 2021.

com maior número absoluto de mortes, tendo o Caged registrado um aumento de mortes em 36%. Por fim, nos supermercados, considerados essenciais desde a redação original do Decreto n. 10.282/21, e que, portanto, permaneceram abertos durante todas as fases da pandemia, o aumento das mortes foi de 21% entre um ano e outro.

Portanto, quando comparados os meses de janeiro e fevereiro de 2020 e janeiro e fevereiro de 2021, constatamos que o número de mortes em ocupações do ramo de limpeza, vigilância, construção civil, transporte, supermercados e saúde – atividades consideradas essenciais pelo Estado – subiu cerca de 40%.

Assim, os dados divulgados pelo Caged/Ministério da Economia, relativos ao primeiro trimestre de 2021, apontam que, entre as milhares de vítimas de covid-19, no Brasil, encontram-se inúmeros trabalhadores e trabalhadoras que morreram em virtude do desempenho do seu labor em prol da coletividade, em atividades consideradas essenciais ao bem-estar social e à própria reprodução da vida em sociedade, deixando, por outro lado, suas próprias famílias desprotegidas socialmente, diante da ausência de contrapartidas necessárias para o risco enfrentado por esses trabalhadores e trabalhadoras, em termos de proteção social e garantia de direitos.

2. OS DIFERENTES CUSTOS DE COVID-19, PARA OS TRABALHADORES BRASILEIROS, SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO E RAÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

Além dos diferentes custos assumidos pelos trabalhadores em atividades essenciais, a pandemia de covid-19, também, desnudou o cenário de desigualdade quando analisada a divisão sexual do trabalho no país, especialmente no campo do trabalho de cuidado, como aquele desenvolvido pelas profissionais da saúde e pelas trabalhadoras domésticas. Ainda, quando lançado o olhar para o perfil dos trabalhadores em atividades consideradas essenciais, como transporte, limpeza pública, vigilância e cuidado, constata-se que são ocupações, em sua maioria, desempenhadas por pessoas negras e de menor escolaridade.

Segundo dados divulgados pela OIT, 40% das mulheres trabalhadoras estão inseridas em setores produtivos mais gravemente impactados pela pandemia, sendo, ainda, a maioria da força de trabalho no âmbito doméstico e em “ser-

viços gerais”, e submetidas, portanto, a um maior risco de contaminação pelo novo coronavírus.⁹

A Nota Técnica elaborada pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP) sobre “A pandemia de covid-19 e os(as) profissionais de saúde pública no Brasil – 4ª Fase”¹⁰ sinaliza a estimativa de participação de mulheres, no setor da saúde, na linha de frente do combate à pandemia, em, aproximadamente, 70% do total de profissionais, sendo 62% para as categorias de nível superior e 74% de nível médio e elementar. Sob a perspectiva de gênero e raça, a nota aponta, ainda, os impactos negativos e a situação desproporcional de vulnerabilidade a que essas trabalhadoras estão sendo expostas, com acréscimo das horas de trabalho, ante o acúmulo com os afazeres domésticos, implicando em dupla jornada de trabalho, o que tem comprometido a saúde física e mental dessas mulheres trabalhadoras, com graves implicações na sua capacidade laborativa.

Nesse contexto, destaca-se, entre as áreas em que há predominância de mulheres, a enfermagem, que, conforme pesquisa sobre o Perfil da Enfermagem no Brasil, realizada pelo Conselho Federal de Enfermagem, abarca, em razão do gênero, maioria de mulheres, constituindo, esse contingente, 53% de mulheres negras¹¹.

Nessa esteira, a partir das interações entre gênero e raça, é possível alcançar a compreensão de que as trabalhadoras negras foram as que assumiram os maiores custos da pandemia, pois mais sujeitas a vulnerabilidades, preconceitos e discriminações. Aqui, destaca-se que Kimberlé Crenshaw¹² foi responsável por criar e conceituar o termo “interseccionalidade”, explicando a dinâmica e inter-relação das opressões e microagressões do racismo e sexismo que alcançam, significativamente, as mulheres negras. Já Carla Akotirene, ao tratar da teoria

9 GENEBRA. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_764628/lang-es/index.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

10 **A pandemia de covid-19 e os (as) profissionais de saúde pública no Brasil – 4ª Fase.** Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

11 **Perfil da Enfermagem no Brasil.** COFEN. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/pesquisa-inedita-traca-perfil-da-enfermagem_31258.html. Acesso em: 13 jul. 2021.

12 **Documento para o Encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Kimberlé Crenshaw, University of California. Los Angeles. Tradução: Liane Schneide. Revisão: Luiza Bairros e Claudia de Lima Costa. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774>. Acesso em: 11 jul. 2021.

da interseccionalidade e seus desdobramentos que perpetuam relações de dominação e poder, pontua, ainda, como a interseccionalidade situa a mulher negra em avenidas identitárias, tornando-a vulnerável à colisão das estruturas e fluxos modernos.¹³

Análise contida no relatório sobre as condições de trabalho de profissionais de saúde, no curso da pandemia, realizada, conjuntamente, pelo Núcleo de Estudos da Burocracia (NEB) da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/Eaes), Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e a Rede Covid-19 Humanidades, denuncia, por exemplo, maior incidência de assédio moral sofrido pelas mulheres negras, quando comparado com mulheres brancas, homens negros e homens brancos. Também, as mulheres negras profissionais da área de saúde, quando entrevistadas, declararam possuir pouco acesso aos equipamentos de proteção individuais (57,3%), treinamentos (44%) e periodicidade na testagem para a covid (26%)¹⁴.

Embora rompida a barreira da educação pelas ações afirmativas, pessoas negras, e, numa maior dimensão, mulheres negras, esbarram em novos desafios para (re)encontrar o seu lugar social e espaço no mundo do trabalho, cruzando as fronteiras do preconceito para firmar-se em espaços, até então não ocupados, por força de uma construção história fundante na qual a sociedade brasileira foi erigida, com a crença da suposta inferioridade e subalternidade oriundas da categorização de raça e relações hierarquizadas de poder oriundas do racismo.

Como articulação ideológica e conjunto de práticas, o racismo exprime uma eficácia estrutural, pois estabelece uma divisão racial do trabalho “e é compartilhado por todas as formações socioeconômicas capitalistas e multirraciais contemporâneas”.¹⁵

O tratamento desigual relatado pelas mulheres negras profissionais de saúde, no curso da pandemia, portanto, demonstra as relações de poder e domínio

13 AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. Feminismos Plurais. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

14 **A pandemia de covid-19 e (os)as profissionais de saúde pública na linha de frente**: análise interseccional de gênero. Disponível em: https://www.impacto.blog.br/site/wp-content/uploads/2021/07/relato%CC%81rio_Ge%CC%82nero_4a-Rodada_22.06.21.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

15 GONZALEZ, Lélia. Cultura, etnicidade e trabalho. **Por um feminismo afro-latino americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Organização Flávia Rios, Márcia Lima. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. p. 35.

que coexistem como substrato do racismo, que tem estruturado a sociedade brasileira, no curso dos anos, no particular, pela interação raça e gênero.

Como pontua Audre Lorde¹⁶, num país em que as diferenças raciais são constantes, ainda que sejam veladas, as mulheres negras seguem invisibilizadas pela despersonalização do racismo. Assim, ainda que constituam grande parte da mão de obra, constituindo força de trabalho significativa, as mulheres negras se mantêm num patamar de vulnerabilidades e ausência de proteção de direitos inversamente proporcional à sua força produtiva no país.

Portanto, quando comparada a situação da mulher negra e sua posição no mundo do trabalho ao longo de décadas, não é difícil concluir, a partir dos marcadores sociais, que, ainda, se encontra localizada na base da pirâmide, sem mobilidade social, com menor renda, sujeita à altas cargas tributárias e inseridas em maior percentual de famílias constituídas como monoparentais. Nada surpreendente, portanto, a constatação de que as mulheres negras foram as mais impactadas pela crise sanitária ocasionada pela covid-19, afetadas, gravemente, pelos altos índices de informalidade, desemprego e desocupação.

A relação de servidão, que ainda norteia o trabalho no lar, atividade majoritariamente ocupada por mulheres negras, marca a reminiscência e “herança” do período escravagista, marcado pelo racismo estrutural e institucional. Note-se que, como já pontuado, o “trabalho doméstico” fora classificado como essencial, por alguns decretos estaduais, em contraposição ao desamparo a que estão submetidas mulheres negras que desenvolvem suas atividades nos lares brasileiros, muitas delas na completa informalidade ou em empregos precarizados, cenário que reproduz os ciclos de pobreza e de negação de direitos.

Nessa esteira, a pandemia e a imposição de isolamento social resultaram num aumento das denúncias de trabalhadoras que foram mantidas nas residências de seus empregadores, sob ameaça de dispensa, ao argumento de minimização dos riscos de contaminação, submetendo essas trabalhadoras a jornadas extensas e, nos casos mais graves, em regime de cárcere privado.

No curso da pandemia, por exemplo, grupos móveis de fiscalização e combate ao trabalho análogo ao da escravidão resgataram nos estados de São Paulo e Bahia, trabalhadoras domésticas em condições degradantes e análogas à escravidão, a exemplo do caso emblemático da trabalhadora Madalena, que fora submetida a regime de extrema exploração, dos 8 aos 46 anos de idade,

16 LORDE, Audre. **Irmã Outsider**. Trad. Stephanie Borges. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. p. 53.

e mantida em cárcere privado pelos seus ex-empregadores até seu resgate em 2020.

Outro episódio, carregado de simbolismos, ocorreu no início da pandemia, quando se noticiou a primeira morte, no estado do Rio de Janeiro, ocasionada pelo novo coronavírus: uma trabalhadora no lar, idosa e negra. A empregada teria sido infectada por meio de sua empregadora, que, mesmo após retornar de uma viagem ao exterior, passando por país, notoriamente, afetado pelo novo coronavírus, não permitiu a ausência da trabalhadora ao trabalho, evidenciando-se, assim, os contornos da sociedade brasileira e seus resquícios de séculos de regime de escravidão de pessoas negras, sem implementações de políticas de inserção dessa população no período pós-abolição.

Por fim, a morte do menino Miguel, em Pernambuco, que escancarou a face mais cruel do reconhecimento por parte daquele estado, da “essencialidade” do trabalho doméstico, quando sua mãe, Mirtes, trabalhadora no lar, se viu obrigada a continuar a desempenhar suas atividades em prol da família de seus empregadores, na contramão da proteção e amparo da sua própria família.

A resistência à regulamentação dos direitos dos trabalhadores no lar, o tratamento dispensado às mulheres que desempenham atividade profissional, as baixas remunerações e condições precarizantes, os abusos, violências e humilhações a que são submetidas, a sujeição e troca da força de trabalho por alimento em condições análogas à escravidão, revelam o traço de servidão, ainda, presente em muitas relações de trabalho doméstico nos lares brasileiros.

Aliada às dificuldades que ainda norteiam o vínculo doméstico, com forte traço da informalidade, a crise instalada com a pandemia de covid-19 modificou as vidas dessas trabalhadoras que se depararam com o desemprego, como atestam os Dados da Pnad Contínua (IBGE) que, em uma análise comparativa, aponta que, entre o 4.o semestre de 2019 e o 4.o semestre de 2020, o número de pessoas ocupadas com o trabalho no lar/doméstico passou de 6,4 milhões para 4,9 milhões de pessoas.¹⁷ No mesmo sentido, o Instituto Locomotiva alertou que, por injunção da pandemia de covid-19, 4 em cada 10 famílias no país dispensaram trabalhadoras no lar, sem, contudo, assegurar pagamento dos salários.¹⁸

17 BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Trabalho doméstico no Brasil**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/trabalho>. Acesso em: 12 jul. 2021.

18 **As faces do racismo**. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/estudos/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

Assim, as medidas legais para preservação dos postos de trabalhos não foram suficientes para conter o acréscimo do desemprego no país, pontuando Silvio Almeida¹⁹, em sua abordagem sobre neoliberalismo e racismo, que, “no contexto da crise, o racismo é um elemento de racionalidade, de normalidade e que se apresenta como modo de integração possível de uma sociedade em que os conflitos tornam-se cada mais agudos”.

Portanto, é preciso assegurar, a partir de políticas e ações voltadas às mulheres negras, a cidadania plena, permitindo a essas mulheres o desenvolvimento de suas capacidades e a inserção no mundo de trabalho em condições igualitárias e com dignidade.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise pandêmica concedeu grande visibilidade aos trabalhadores e trabalhadoras informais, trabalhadoras domésticas e profissionais da saúde e à profunda precariedade em que estão imersos, descortinando o paradoxo da desproteção social e trabalhista de um lado e, do outro, a atuação desses trabalhadores e trabalhadoras, sobretudo mulheres negras, na linha de frente do combate à pandemia, exercendo atividades consideradas essenciais ao bem-estar da coletividade, revelando-se imperioso o debate sobre a necessidade de ampla proteção social e trabalhista dessas pessoas convocadas pelo Estado para atuarem em prol da sociedade.

Nessa esteira, a inserção da mulher negra trabalhadora no mundo do trabalho requer, portanto, o imediato enfrentamento do quadro de desigualdade que atinge essa parcela da classe trabalhadora, impactada por baixos salários e pela dificuldade no acesso à educação, implicando ciclos de feminização da pobreza, com submissão dessas mulheres à exclusão, condições díspares e precarizantes de trabalho comparadas com outros grupos sociais.

Nesse sentido, como pontua Silveira²⁰:

[...] a função de um Estado democrático é justamente elaborar políticas que reconheçam a desigualdade de poder entre homens e mulheres, portanto, é legítimo

19 ALMEIDA, Sílvio Luiz de. **Racismo Estrutural. Feminismos Plurais**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 207.

20 SILVEIRA, M. L. *In*: **Políticas públicas e igualdade de gênero Caderno n. 8 da Coordenadoria Especial da Mulher**. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf>. p.70 e 71.

atuar pensando em uma lógica de políticas públicas que pensam sempre no impacto diferenciado para homens e mulheres, mas também reconheça legitimidade a ações específicas voltadas ao fortalecimento das mulheres que, enquanto coletivo social, estão em condições subordinadas na sociedade. Por isso, é decisivo encarar as mulheres como sujeito da transformação.

A ideia, pois, de um direito fundamental ao trabalho digno, extraída da Constituição brasileira, deve irradiar-se como o principal critério na análise do binômio risco do trabalhador e necessidade inadiável da comunidade, prestigiando-se, assim, o interesse razoavelmente equilibrado das pessoas envolvidas nesta equação, em detrimento, portanto, de perspectivas puramente econômicas, priorizando-se, sempre, a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e o compromisso maior com a garantia da sua dignidade.

4. REFERÊNCIAS

A PANDEMIA de covid-19 e (os) as profissionais de saúde pública na linha de frente: análise interseccional de gênero. Disponível em: https://www.impacto.blog.br/site/wp-content/uploads/2021/07/relato%CC%81rio_Ge%CC%82nero_4a-Rodada_22.06.21.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

A PANDEMIA de covid-19 e os (as) profissionais de saúde pública no Brasil – 4ª Fase. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pan-demia-de-covid-19-e-os-profissionais-de-saude-publica-no-brasil_fase-4.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade. Feminismos Plurais**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALMEIDA, Sívlio Luiz de. **Racismo Estrutural. Feminismos Plurais**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

AS FACES DO RACISMO. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/estudos/>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BLYTH, Mark. **Austeridade: a história de uma ideia perigosa**. Trad. Freitas e Silva (E-book). Autonomia Literária, 2018.

BRASIL. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Trabalho doméstico no Brasil**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outras-publicacoes/2021/trabalho>. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados**

da Pnad contínua. nov. 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2528.pdf. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. **Nota Técnica Conjunta n. 04, de 17 de março de 2020**. [Brasília, DF]: Ministério Público do Trabalho, [2020]. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-no-4-coronavirus-1.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz; SANTANA, Raquel. Racismo institucional: o que é essencial em tempos de pandemia? **Jota**, 18/6/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-institucional-o-que-e-essencial-em-tempos-de-pandemia>? Acesso em: 5 ago. 2020.

DOCUMENTO PARA O ENCONTRO de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. Kimberlé Crenshaw, University of California. Los Angeles. Tradução: Liane Schneide. Revisão: Luiza Bairros e Claudia de Lima Costa. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774>. Acesso em: 11 jul. 2021.

DUTRA, Renata Queiroz; FESTI, Ricardo. O segundo breque dos Apps. **Correio Braziliense**, Brasília, 24 jul. 2020. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/24/internas_opiniao,874870/o-segundo-breque-dos-apps.shtml. Acesso em: 5 ago. 2020.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012.

GENEBRA. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/americas/publicaciones/WCMS_764628/langes/index.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

GONZALEZ, Lélia. **Cultura, etnicidade e trabalho. Por um feminismo afro-latino americano**: ensaios, intervenções e diálogos. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

LORDE, Audre. **Irmã Outsider**. Trad. Stephanie Borges. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

PERFIL DA ENFERMAGEM no Brasil. COFEN. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/pesquisa-inedita-traca-perfil-da-enfermagem_31258.html. Acesso em: 13 jul. 2021.

SANTANA, Raquel. **O trabalho de cuidado remunerado em domicílio como espécie jurídica do trabalho doméstico no Brasil**: uma abordagem justralhista à luz da trilogia literária de Carolina Maria de Jesus. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SILVEIRA, M. L. In: **Políticas públicas e igualdade de gênero Caderno n. 8 da Coordenadoria Especial da Mulher**. Disponível em: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf>.

SOARES, Marcelo. Mortes entre caixas, frentistas e motoristas de ônibus aumentaram 60% no Brasil no auge da pandemia. **El País**, 5/4/2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-04-05/caixas-frentistas-e-motoristas-de-onibus-registram-60-a-mais-de-mortes-no-brasil-em-meio-ao-auge-da-pandemia.html>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ENFRENTANDO O BINARISMO JURÍDICO DO DIREITO DO TRABALHO COM AS LENTES DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Adriana Manta

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Juíza Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Coordenadora do Grupo de Estudos contra Práticas Discriminatórias da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Contato: adrimanta@gmail.com. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2063060699356768>.

Elinay Almeida Ferreira

Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Juíza do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Altamira-PA do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Vencedora, em 2017, do 1º Concurso de Decisões Emblemáticas em Direitos Humanos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na categoria criança e adolescente. Membro da Comissão de estudos relativos à questão de gênero e raça no Direito Internacional, no Direito Brasileiro, na Sociedade e na Magistratura do Enamat, do Comitê de Participação Feminina no Poder Judiciário do TRT 8 e da Comissão Anamatra Mulheres, Representante da Região Norte. Contato: elinay.ferreira@trt8.jus.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2489939955699090>.

INTRODUÇÃO

Entre os processos cognitivos que estabelecemos como seres racionais, está a categorização de objetos, ideias e, também, de pessoas, dividindo-os, classificando-os e organizando-os a partir de determinadas características. O gênero vem a ser uma das categorias que utilizamos nesse processo para agrupar pessoas a partir de determinadas características, resultando no binarismo de gênero culturalmente hegemônico, a partir da categorização dicotômica de pessoas em masculino e feminino. Esse binarismo também permeia o mundo jurídico, não sendo diferente com o direito do trabalho, cujas normas tratam majoritariamente do homem cisgênero, não se preocupando com minorias de gênero como pessoas trans e não binárias, foco do presente artigo.

A partir de interações sociais e culturais, as diferentes características que nos unem em determinada categoria de pessoas, estas passaram a ser utilizadas para estabelecer hierarquias, fomentando o exercício do poder de determinadas pessoas sobre outras. Portanto, as minorias de gênero são pessoas discriminadas social e juridicamente por conta da sua identidade de gênero diferente da cisgeneridade, ou ainda em decorrência de hierarquias sociais que privilegiam um gênero em detrimento do outro.

Apenas como notas introdutórias, releva destacar que a identidade de gênero refere-se ao autoreconhecimento de uma pessoa como pertencente a determinado gênero. Sendo transgênera, a pessoa que não se identifica com o gênero que lhe foi destinado ao nascer, estabelecido a partir de sua genitália, como ocorre nas sociedades ocidentais. E, por sua vez, cisgênera é a pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer. De modo que são minorias de gênero as mulheres cisgênero²¹ e as pessoas transgênero (travestis, mulheres trans e homens trans). Cisgênero, portanto, são a maioria de gênero.

Existem ainda pessoas que não se identificam com as características socialmente atribuídas de maneira estanque ao gênero masculino e ao feminino, que são as pessoas não binárias. Vale destacar que este grupo abarca múltiplas e fluidas identidades que não são estritamente masculinas ou femininas, estando, portanto, fora do binário de gênero e da cisnormatividade.

21 Do ponto de vista da vulnerabilidade social e não numérica, na medida em que a população feminina corresponde a 51,1% da população brasileira, de acordo com dados da Pnad Contínua com índices populacionais de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-tem-quase-cinco-milhoes-de-mulheres-a-mais-que-homens-diz-ibge/>. Acesso em: 13 dez. 2022.

O presente trabalho parte da inquietação das autoras, mulheres cisgênero e heterossexuais, ante um direito do trabalho cisheteronormativo e binário que invisibiliza os corpos dissidentes, apesar do trabalho humano ocupar a centralidade das vidas de todas as pessoas adultas em uma sociedade capitalista. O artigo tem como questão principal a busca de mecanismos hermenêuticos para suprir eventuais lacunas legais decorrentes do binarismo jurídico em busca de uma epistemologia juslaboral antidiscriminatória.

Com este propósito, na primeira parte, as autoras dialogam brevemente sobre a população LGBTQIAPN+ e os direitos humanos fundamentais que lhes foram historicamente negados no Brasil, apesar de constitucionalmente previstos a todas as pessoas; seguindo, na parte seguinte, uma breve análise ao papel do Poder Judiciário na efetivação de tais direitos, que seguem sem expressa previsão legal; culminando, no terceiro capítulo em uma proposta de construção hermenêutica para romper com o binarismo jurídico em demanda concretamente posta sob análise do Judiciário Trabalhista, a partir do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021).

O presente trabalho não tem pretensões de esgotar o debate sobre o tema. Ao contrário, ao visibilizar uma parte das pessoas abarcadas nas minorias sexuais e de gênero, pretendemos ampliar o diálogo jurídico sobre as suas presenças (ou ausências) no mundo do trabalho, bem como despertar inquietudes a fim de romper com a moralista dogmática jurídica que perpetua a cisgeneridade e heterossexualidade como o padrão das pessoas destinatárias da normativa jurídica, as quais convencionamos chamar em linguagem jurídica machista, de sujeitos de direito.

1. MUITO ALÉM DE UMA SIGLA, PESSOAS HUMANAS

As minorias sexuais são pessoas discriminadas social e/ou juridicamente em decorrência de sua orientação ou por práticas sexuais consensuais, não opressoras a terceiros e entre maiores capazes, diversas daquelas aceitas pelo moralismo majoritário. Nessa perspectiva, são minorias sexuais identitárias: lésbicas, *gays*, bissexuais, pansexuais e assexuais. De outro lado, a maioria sexual é compreendida pelos heterossexuais (VECHIATTI, 2018).

Se, de um lado, a luta das minorias sexuais e de gênero pelo seu direito à cidadania sexual e de gênero²² tem obtido resultados históricos e paradigmáticos (VECHIATTI, 2018) nas pautas de gênero e sexualidade perante o Poder Judiciário, na última década do século XXI, especialmente no STF, de outro, há críticas a esta mesma corte no que tange a decisões conservadoras e de precarização de direitos, quando se trata da pauta envolvendo os direitos sociais, na medida em que esta parcela da sociedade também tem o trabalho da pessoa adulta na centralidade de sua vida (NICOLI *et al.*, 2022), reflexo de um ordenamento jurídico que precisa ser reconstruído para atendimento amplo das pautas LGBTIQAPN+²³.

A vivência sexual e de gênero das pessoas LGBTI+ não ocorrem em abstrato, afinal (NICOLI *et al.*, 2022, p. 1291):

[...] são LGBTI+ enquanto vivem a materialidade da vida, enquanto se relacionam, enquanto se movimentam socialmente, enquanto buscam a sobrevivência. E, numa sociedade capitalista, que segue fundada na extração do valor do trabalho das pessoas, vivem suas vidas LGBTI+ enquanto trabalham, de maneira protegida ou precária; de maneira pobre ou violentada; informal ou ilegal; ou, ainda, quando sequer podem trabalhar.

O ato de produção e reprodução da vida humana promove-se pelo trabalho, sendo a partir de sua cotidianidade que o homem se torna social, distinguindo-se de todas as formas não humanas (ANTUNES, 2017).

O preconceito e discriminação contra a população LGBT+ não decorre do modo de produção capitalista, mas este se apropria de parâmetros específicos de opressões direcionadas às reconhecidas “minorias sociais” para justificar a sobreposição de determinada classe sobre outra, contexto esse não diferente da forma como o sistema capitalista busca “desvalorizar” e não legitimar a orientação sexual e/ou identidade de gênero que diferem dos padrões heteronormativos a partir da homofobia, transfobia, sexismo, racismo, entre outros (MENEZES *et al.*, 2018)

22 Segundo Paulo Roberto Vecchiatti, a expressão cidadania sexual foi utilizada, pela primeira vez, por Adilson Moreira como critério substantivo de controle de constitucionalidade, visando à proteção dos direitos relacionados à orientação sexual, ampliando-a para alcançar também os direitos envolvendo à identidade de gênero, com o objetivo, portanto, de alcançar toda a população LGBTIQAPN+ (VECHIATTI, 2018).

23 É uma sigla que abrange pessoas que são: Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, Não-binárias e mais, que, por vezes, neste artigo reduziremos para LGBTI+.

Assim, discutir a forma de vida das pessoas LGBTI+ exige, obrigatoriamente, refletir como ocorre o trabalho dessas pessoas, que se dá em dois planos: o fático e o jurídico. O primeiro consiste na realidade social, onde se constata a precariedade sociolaboral a que estão submetidas as pessoas LGBTI+ e o segundo diz respeito à esfera jurídica e a própria relação entre trabalho, discriminação e regulação (NICOLI *et al.*, 2022).

O direito do trabalho, além de conviver historicamente com a discriminação das pessoas LGBTI+ tem lhes reservado formas precarizantes de trabalho, quer pela sua não incidência (trabalho informal), quer pela criação de estatutos precários, quer pela tolerância de práticas precarizantes perante o próprio trabalho assalariado (NICOLI *et al.*, 2022).

Ainda diante da precaridade de dados e da lacuna no processo científico-político de fortalecimento do campo de estudos de gênero e sexualidade dissidentes, que, no primeiro momento, analisavam as questões de modo distanciado das críticas à sociedade de classe e as perspectivas de classe e raça, entre outros, como se fosse possível falar das pessoas LGBTI+ sem suas condicionantes materiais, fora daquilo que se denomina centralidade do trabalho, o que vai mudando de forma a partir dos anos 1980 quando começam a surgir trabalhos acadêmicos voltados à complexidade desses dois universos, ganhando corpo estudos sobre gênero e sexualidade e o mundo do trabalho (NICOLI *et al.*, 2022).

Algumas pesquisas acadêmicas tentam mapear e analisar o constante processo de preconceito e discriminação contra a população LGBTI+ no Brasil, informações que projetam as menores taxas de formalização no mercado, maior incidência de desemprego comparado a outros marcadores, grande instabilidade de renda e exposição de risco à violência nas relações de trabalho (MENEZES *et al.*, 2018).

Para as pessoas trans esse contexto é ainda mais complexo e desafiador. Uma pesquisa realizada em 2015 buscou identificar o perfil, formas e tipos de violências vivenciadas pelas pessoas trans na cidade de Santa Catarina, sendo que 90,3% das entrevistadas afirmaram possuir atividades laborais; destas, 58% afirmaram ser profissionais do sexo. A pesquisa sinalizou que o mercado de trabalho formal não inclui a maioria dessas pessoas, sendo que 77,4% garantiram não ter carteira de trabalho assinada e 74,2% das pessoas entrevistadas não contribuem com o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), não tendo, portanto, seus direitos previdenciários assegurados (MENEZES *et al.*, 2018).

A pesquisa também observou que a omissão da escola no acolhimento e oferecimento de condições de permanência às pessoas travestis e transexuais, desde o direito ao nome social, até o acesso ao banheiro, passando pelo combate às violências cotidianas por parte de pares, professoras/es e outros sujeitos que constituem o espaço escolar, deixa-lhes como única chance a prostituição para a sua sobrevivência, uma vez que restam poucas chances de qualificação para o trabalho e outras formas de sustento. Outra possível saída é a inserção em profissões reconhecidamente femininas como: cabeleireira, cozinheira, faxineira, entre outras (MENEZES *et al.*, 2018).

As manifestações relacionadas ao preconceito e à discriminação contra tudo que diverge da heteronormatividade estão fortemente presentes no direito de trabalho, na medida em que a norma reage a tudo aquilo que se apresente como ameaça à construção social da identidade sexual e de gênero, percebendo-se que a reação violenta da “homofobia” e “transfobia” está diretamente relacionada à rígida incorporação da norma que estabelece os padrões sexuais de masculinidade e feminilidade fundamentados na heterossexualidade, levando a uma distribuição de postos de trabalho hierarquizados com relação aos salários, condições de acesso e permanência nesses postos, alijando cada vez mais as pessoas LGBTI+ (MENEZES *et al.*, 2018).

O direito do trabalho não enxerga as pessoas LGBTI+ desde o seu nascedouro, isto é, quando da criação de suas normas, até quando de sua aplicação, na medida em que foi constituído para pensar um direito a partir de um homem médio, portanto, hétero e cisgênero, atraindo, para si, uma neutralidade epistemológica que não leva em consideração o direito à diferença²⁴ (VECHIATTI, 2018).

Acerca do assunto, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero²⁵, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça²⁶, conforme Recomendação

24 “Temos o direito à igualdade quando a diferença nos inferioriza, temos o direito à diferença quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2006)

25 O documento traz considerações teóricas sobre a questão da igualdade e é um importante guia para que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

26 Fruto dos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021, para colaborar com a implementação das políticas nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ n. 254 e 255, de 4 de setembro de 2018, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação

n. 128/2022, de 15/2/2022, inspirado no compromisso com a ONU acerca do enfrentamento da desigualdade de gênero²⁷ e em protocolos para julgamento de gênero de outros países, como o México, um guia para julgamentos nos diversos âmbitos da Justiça para a efetivação do direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, trouxe luz acerca da discussão da neutralidade no Poder Judiciário, demonstrando epistemologicamente que tal premissa somente acentua desigualdades, prejudicando a concretização substancial do art. 5º, I, da CF/88. Ao afirmar (**Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, 2021, p. 39-40):

No surgimento do Estado Liberal, a neutralidade estava bastante ligada à independência do Poder Judiciário, dentro do princípio da separação dos poderes. A neutralidade caracterizava-se pelo distanciamento do Poder Judiciário em relação aos interesses das diferentes forças políticopartidárias; e da pessoa que julga em relação às partes, sendo que aquela deveria manter uma postura humana neutra, inerte e equidistante das partes. A figura de um(a) juiz(íza) neutro(a) foi essencial para a sedimentação de direitos fundamentais. No que toca à imparcialidade, na concepção clássica, exige-se a ausência de interesse egoístico e pessoal de quem julga como a garantia de uma decisão justa, enfatizando-se os motivos ensejadores da quebra da imparcialidade como causas de abstenção da pessoa que julga ou de sua recusa pelas partes. Em conformidade com o Estado Democrático de Direito, a concepção contemporânea da imparcialidade agrega novo ponto de vista: a perspectiva objetiva da imparcialidade, que é a promoção de uma atividade jurisdicional sob o enfoque do “devido processo legal substancial”. Assim, a imparcialidade deixa de tratar apenas de questões referentes à subjetividade de quem julga, para abranger a própria persecução de um processo justo, sob o ponto de vista do procedimento. Um dos atributos da imparcialidade é a objetividade, que consiste na qualidade de abordar decisões e reivindicações da verdade sem a influência de preferência pessoal, interesse próprio e emoção. A objetividade seria, portanto, um critério a ser observado para afastar eventuais atos discriminatórios.

Sendo que a neutralidade, tão defendida pelo direito, incluindo o do trabalho, e pelo próprio Poder Judiciário, nada mais é do que construção identitária de prática profissional que toma como paradigma atributos masculinos – de preferência branco, heterossexual e de classe social elevada –, em detrimento

Feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

²⁷ **ODS 05 da Agenda 2030**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

das experiências de outros grupos majoritários socialmente, mas minorizados pelo sistema de justiça, como mulheres, negros, indígenas, populações LGBTQIAPN+ não pertencentes ao perfil sociodemográfico da magistratura, tornando bem menores e mais difíceis as chances de serem entendidos e respeitados em sua diversidade.

2. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVIDADE DE DIREITOS HUMANOS PARA A POPULAÇÃO LGBTQIAPN+

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Assim se inicia a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que consagrou os princípios da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, garantidos para todas as pessoas, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (art. 2º).

O espírito da Declaração se encontra presente e normatizado no ordenamento jurídico brasileiro, em diversos dispositivos constitucionais, formando o rol de direitos e garantias fundamentais. Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, apontados no art. 3º da CF, se encontram construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

A identidade de gênero como direito da personalidade, assim como os direitos sexuais e reprodutivos integram o rol dos direitos humanos universais, demandando do poder público a implementação de condições para seu usufruto pelos indivíduos (GUEDES; RANGEL, 2022, p. 123), de maneira a lhes garantir a vivência social plena, digna e igualitária.

Decerto que o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos configura ideal a seguir a partir de um conjunto de direitos mínimos capazes de conferir dignidade à pessoa humana. Contudo, “a mera positivação dos direitos humanos não tem sido capaz de garantir o seu pleno gozo e efetividade por todas as pessoas, especialmente pela ótica juspositivista dogmática” (D’AMBROSO, 2019, p. 35). Essa incapacidade de se garantir efetividade aos direitos humanos de maneira efetivamente universal, embora positivado, tem relação direta com a desumanização dos indivíduos que destoam dos padrões socialmente estabelecidos como dominantes.

Butler (2011), ao tratar sobre a representação da alteridade, refletindo sobre os nossos vínculos éticos com pessoas marcadas por vidas precárias, afirma:

Nesse sentido, o humano não é identificado com aquilo que é representado, mas – da mesma forma – não o é com o irrepresentável. O humano é, ao contrário, aquilo que limita o sucesso de qualquer prática representacional. O rosto não é “apagado” nessa falha de representação, mas é constituído exatamente nessa possibilidade. Algo no geral diferente acontece, entretanto, quando o rosto opera a serviço de uma personificação que alega conseguir capturar o ser humano em questão. Para Levinas, o humano não pode ser capturado por meio da representação e pode -se perceber que alguma perda do humano acontece quando ele é capturado pela imagem.

Um exemplo dessa forma de “captura” ocorre quando o mal é personificado por meio do rosto. Certa comensurabilidade é declarada entre o mal ostensivo e o rosto. Esse rosto é maligno, e o mal que o rosto é se estende ao mal que pertence aos humanos em geral, mal generalizado. Nós personificamos o mal ou o triunfo militar por meio de um rosto que deve supostamente ser, capturar, conter a própria ideia que ele representa. Nesse caso, não podemos escutar o rosto por meio do rosto. O rosto aqui mascara os sons do sofrimento humano e a proximidade que poderíamos ter da própria precariedade da vida.

O rosto que está lá, no entanto, aquele cujo significado é retratado como a forma do mal, é precisamente aquele que não é humano, não no sentido levinasiano. O “eu” que vê o rosto não se identifica com ele: o rosto representa algo com o que nenhuma identificação é possível, uma realização da desumanização e uma condição para a violência.

Portanto, a desumanização social de determinadas pessoas a partir da alteridade é questão complexa que envolve discussões transdisciplinares aprofundadas, que não caberiam no presente trabalho. No entanto, cabe analisar os reflexos jurídicos da precarização de corpos dissonantes.

Segundo os Princípios de Yogyakarta (2007), que é o conjunto formado por 29 princípios humanísticos a serem aplicados questões de orientação sexual e identidade de gênero, as violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero constituem um padrão global e consolidado, seja pela normatização, seja pela normalização, de condutas violentas como meio de exercício de controle sobre as identidades e modos pelos quais as pessoas se relacionam.

No Brasil, embora não exista a normatização de condutas violadoras dos direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+, há efetiva omissão legislativa no que concerne à concessão de efetividade desses direitos, os quais tendem a ser

negados às minorias sexuais e de gênero, contrariando seu caráter universal, de maneira que direitos humanos individualmente violados são postos à apreciação do Poder Judiciário, para que se confira a possibilidade de usufruí-los.

Nesse sentido, cumpre destacar que o STF tem sido apontado, como um Tribunal progressista em matérias relacionadas aos direitos LGBTQIAPN+, proferindo decisões favoráveis, a exemplo do julgamento da ADPF 457 e da ADI 5537 (2020) sobre o ensino de gênero e sexualidade e sobre a proposta da “escola sem partido”; o julgamento da ADI 5543 (2020), a respeito da doação de sangue por homens gays e bissexuais; julgamento da ADO 26 (2019), que reconheceu a criminalização da LGBTfobia; julgamento da ADI 4275 (2018), que assegurou a mudança do registro civil de pessoas trans; julgamento da ADI 4277 e na ADPF 132 (2011), reconhecendo as uniões homoafetivas (NICOLI; DUTRA, 2022).

Entretanto, como observam Nicoli e Dutra (2022), a tendência progressista do STF ao julgar demandas que envolvam os direitos humanos das pessoas LGBTQIAPN+, quando envolvem os direitos sociais e trabalhistas, não se observam, prevalecendo nos julgados a absorção da agenda neoliberal, afastando inclusive interpretações constitucionais já consolidadas, tendo como exemplo julgamento da ADPF n. 324, combinado com o julgamento do RE 958.252 (Tema n. 725), e do julgamento do RE 791.932, também com repercussão geral (Tema n. 739). Os julgamentos citados refletem diretamente na inserção cada vez mais precarizada no mundo do trabalho das pessoas LGBTQIAPN+, em especial das pessoas trans, já que os postos de trabalho formais por elas ocupados normalmente são postos de trabalho terceirizados.

Analisando a jurisprudência do TST envolvendo assédio moral homotransfóbico, De Mello e Rios (2021) destacaram três acórdãos: 1) AIRR1511-35.2014.5.09.0012 (2017), dispôs sobre o ônus probatório dividido na hipótese de assédio homotransfóbico, no qual se entendeu que, por existirem outros casais homoafetivos na empresa não haveria homotransfobia no caso concreto; 2) AIRR414-64.2016.5.12.0038 (2018) que reconheceu o dano moral homotransfóbico, sem, todavia, enxergar discriminação homotransfóbica na demissão; 3) AIRR1312-29.2016.5.06.0011 (2019) na qual uma trabalhadora travesti, pleiteava indenização por danos morais por ter sido impedida de usar vestimentas femininas e obrigada a utilizar roupas masculinas.

Se, por um lado, a lacuna normativa e a discriminação das pessoas LGBTQIAPN+, alça o Poder Judiciário ao protagonismo na garantia de efetividade dos direitos humanos às minorias sexuais e de gênero; por outro, a LGBTfobia

que estrutura a nossa sociedade, se reflete no próprio sistema de justiça e nas decisões proferidas desconsiderando o cisheterossexismo socialmente prevalente, reforçando o sistema de opressões às pessoas LGBTQIAPN+, em vez de enfrentá-lo, concretizando o princípio da igualdade.

3. ROMPENDO O BINARISMO A PARTIR DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

A dogmática do direito do trabalho, construída a partir de uma estruturação social cisheteronormativa, estabelece paradigmas binários, sexistas e trans excludentes, ao estabelecer regras diversas para homens e mulheres, desconsiderando o direito ao trabalho digno e produtivo das pessoas LGBTQIAPN+, 12º Princípio de Yogyakarta que estabelece como obrigação dos Estados tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado.

A partir das considerações acima tecidas ao longo deste artigo, parece bastante claro que, para reverter esse quadro, seu enfrentamento deve ocorrer socorrendo-se ao mesmo tempo da teoria queer²⁸ (COLLING, 2018) e da interseccionalidade²⁹ (COLLING, 2020), seja na apresentação de projetos de lei, no âmbito do direito do trabalho, para que alcancem a multiplicidade dos arranjos permeados pela sexualidade e gênero, seja na sua própria aplicação, quer no mundo do trabalho, pelos empregadores, quer no Poder Judiciário, na atuação e decisões de suas juízas e juízes.

Debruçar-se sobre a teoria *queer* permitirá compreender seus estudos alicerçados em: 1) críticas às normas de gênero e sexualidade e explicações sobre como elas foram constituídas e naturalizadas ao longo do tempo; 2) evidências de como as diversas identidades de gênero e orientações sexuais existem, resistem e se proliferam, não sendo entidades estáveis e autênticas; 3) críticas

28 É o estudo dos conhecimentos e das práticas sociais que organizam a sociedade como um todo, sexualizando corpos, desejos, atos, identidades, relações sociais, conhecimentos, cultura e instituições sociais (SEIDMAN *apud* MISKOLCI, 2012).

29 É a interação entre dois ou mais fatores sociais que definem uma pessoa. Questões de identidade como gênero, etnia, raça, localização geográfica ou mesmo idade não afetam uma pessoa separadamente. Disponível em: [https://blogs.iadb.org/brasil/pt-br/o-que-e-interseccionalidade-e-por-que-importa-saber-seu-significado/#:~:text=Em%20termos%20simples%2C%20a%20interseccionalidade,n%C3%A3o%20afetam%20uma%20pessoa%20separadamente](https://blogs.iadb.org/brasil/pt-br/o-que-e-interseccionalidade-e-por-que-importa-saber-seu-significado/#:~:text=Em%20termos%20simples%2C%20a%20interseccionalidade,n%C3%A3o%20afetam%20uma%20pessoa%20separadamente.). Acesso em: 18 dez. 2022.

ao pensamento despatologizante em relação a essas identidades e às interpretações e saberes que buscam explicar as sexualidades e os gêneros a partir de pontos de vista baseados na genética, na biologia e na moral; 3) a negação de qualquer ideia de normalização e problematização de categorias neutras como, por exemplo, a heterossexualidade, na medida em que se estrutura não apenas como uma expressão da sexualidade, mas de norma política que todos deveriam seguir dentro de um modelo de sociedade bastante rígida; e 4) críticas em relação à clássica separação entre os estudos da sexualidade e os estudos de gênero (COLLING, 2018), o que muito contribuirá para o esvaziamento da quase total prevalência do pensamento heteronormativo sobre como se pensa e age em relação às sexualidades e aos gêneros no direito do trabalho.

Assim como utilizar, a seu favor, os estudos da interseccionalidade, isto é, da mesma forma como se aplicam as ideias por meio do diálogo no campo da luta feminista, iniciada pelo feminismo negro, para, diante dos fenômenos sociais, superar as análises que não problematizam a naturalização de verdades absolutas nem aprofundam a sua compreensão, incorrendo em erros cotidianos, na medida em que desvinculados da compreensão dos sentidos que são produzidos em decorrência dos contextos histórico, econômico e sociocultural, no qual estão inseridos, o que gera a produção de um conhecimento superficial e que retroalimenta o lugar privilegiado de determinados grupos (SILVA *et al.*, 2020).

Paralelo a isso, urge, na seara trabalhista, a aplicação, de imediato, por toda a magistratura, do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (CNJ, 2021), utilizando-se da interseccionalidade e da teoria *queer*, abrangendo também as pessoas LGBTQIAPN+.

Afinal, na sua apresentação, consta do documento as lutas das minorias sexuais e de gênero foram tratadas:

Em ordem nacional, os trabalhos do CNJ robustecem cotidianamente o diálogo quanto às interseccionalidades múltiplas que guarnecem a perspectiva de gênero. Decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, sustentadas por um compromisso forte na defesa dos direitos humanos, igualmente avançam na pauta de reconhecimento às minorias do direito à igualdade substancial, tais como as decisões sobre união homoafetiva, reconhecimento da autodeterminação de identidade de gênero, concessão de prisão domiciliar para gestantes e mães, exclusão da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, entre outras decisões.

Analisando as peculiaridades do trabalho das pessoas transgênero, Martinez (2022) aponta as dificuldades de ingresso a partir de entrevistas seletivas

subjetivas; inexistência de políticas públicas de cotas; o direito ao uso do nome social no trabalho; utilização de vestimentas adequadas à identidade de gênero; utilização de sanitários de acordo com a identidade de gênero da pessoa trabalhadora; chegando, por fim, a tratar de normas que estabelecem critérios diferenciados de carregamento de peso e aposentadoria. Às particularidades ali elencadas, acrescentamos duas: o gozo de licença maternidade e paternidade, no exercício da parentalidade por casais transsexuais; e o critério de idade de aposentadoria a ser adotado em relação às pessoas não-binárias.

Todas as questões acima elencadas ao se tornarem objeto de ação posta à apreciação do Poder Judiciário, atraem necessariamente o julgamento a partir das lentes da perspectiva interseccional de gênero, com a aplicação da teoria *queer*, como forma de romper o binarismo jurídico.

Apenas a título exemplificativo, como regra geral, é garantido à empregada gestante e à empregada adotante o direito à licença-maternidade de 120 dias (arts. 390 e 390-A, CLT), enquanto o empregado poderá deixar de comparecer ao trabalho por até 5 dias consecutivos, em caso de nascimento de filho, de adoção ou de guarda compartilhada (art. 473, III). Em diversas situações concretas, noticiadas amplamente pela mídia nacional³⁰, casais transsexuais suspendem a hormonização e se tornam pais e mães. Em tais casos, a pessoa gestante e parturiente é o pai, homem trans, que, por vezes, já se submeteu à mastectomia e, por isso, a amamentação e os cuidados nos meses iniciais serão efetivamente realizados pela mãe, mulher trans.

Embora as autoras reputeem necessário o debate social, jurídico e acadêmico, acerca de licença parental efetivamente capaz de promover vínculos emocionais e afetivos entre pais e bebês, além de minimizar os impactos que as atividades reprodutivas e de cuidado não remuneradas possuem na inserção profissional feminina, é certo que a licença maternidade estabelecida em 120 dias pretende garantir ao bebê o aleitamento materno e a promoção de cuidados necessários para o seu desenvolvimento saudável. Entretanto, em tais hipóteses, a pessoa gestante não é a mesma que prestará a assistência nos meses iniciais do bebê. Em tais situações, reputamos que a decisão com perspectiva de gênero que mais bem se conforma à teoria *queer* é *pautada no respeito à conformação de casal transsexual, garantindo à mãe, mulher trans, o direito ao gozo de 120 dias de*

30 Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2022/07/12/antes-durante-e-depois-como-fica-a-hormonioterapia-em-uma-gravidez-trans.htm>.

licença maternidade e ao pai, homem trans, o direito ao afastamento por 5 dias ou o tempo de afastamento médico necessário para a recuperação pós-parto.

Percebe-se que, ao adotar a perspectiva interseccional de gênero como ferramenta hermenêutica, assume-se postura crítica e ativa na análise das assimetrias a que as pessoas LGBTQIAPN+ são submetidas, rompendo com a perpetuação do binarismo que acaba por perpetuar um sistema de discriminações e exclusões, transformando a existência dessas pessoas em vidas precárias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual configuração da sociedade contemporânea, apesar do caráter universal dos direitos humanos e do arcabouço normativo internacional sobre a matéria, não se pode olvidar que as leis são elaboradas em conformidade com um parâmetro cisheteronormativo, tendo como destinatário um sujeito universal, sob o mito da neutralidade, ignorando a pluralidade de identidades de gênero e de orientações sexuais, gerando concretamente inúmeras desigualdades.

Assim, a fim de implementar a igualdade em sua dimensão material, é preciso considerar que as diferenças entre as pessoas devem ser observadas não apenas quando da criação das leis, mas também quando da aplicação das leis pelo Poder Judiciário, que deve garantir a universalidade dos direitos humanos. Para tanto, destaca-se o julgamento com as lentes da perspectiva de gênero, observando a interseccionalidade, visando à superação do discurso da neutralidade das normas como mecanismo de imparcialidade do julgador, a fim de concretizar os valores norteadores do Estado Democrático Brasileiro inseridos na Constituição Federal.

De modo que perfeitamente possível essa integração interpretativa, o que se coaduna com a política pública judiciária que levou a criação do Protocolo, bem destacado na sua introdução:

Importante destacar a importância deste protocolo, dada a íntima relação que o direito tem na reprodução de desigualdades no Brasil, mas também do seu potencial emancipatório, quando realizado por meio da prática de magistradas e magistrados comprometidos com a igualdade. Assim, espera-se que ele impacte o exercício da jurisdição, permitindo uma mudança cultural que nos conduza a cumprir um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Este documento disponibiliza ferramentas conceituais e um guia passo a passo para aqueles que têm comprometimento com a igualdade, por meio da metodo-

logia do “juízo com perspectiva de gênero” – ou seja, julgar com atenção às desigualdades e com a finalidade de neutralizá-las, buscando o alcance de uma igualdade substantiva.

Afinal, para o alcance do ideal igualitário preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no estado democrático de direito contemporâneo, deve-se proteger os direitos de toda a humanidade.

5. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2007.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero. Feminismo e subversão de identidade.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

BUTLER, Judith. Vida precária. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFScar**, v. 1, n. 1, p. 13-13, 2011.

BUTLER, Judith. **A força da não violência:** um vínculo ético-político. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2021.

COLLING, Leandro. Impactos e/ou sintomas dos estudos queer no movimento LGBT do Brasil. *In: Histórias do movimento LGBT no Brasil.* São Paulo: Alameda, 2018.

COLLING, Leandro. A saída está na interseccionalidade. *In: Tem saída? Perspectivas LGBTI+ sobre o Brasil.* Porto Alegre: Zouk, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.** Brasília: CNJ; Enfam, 2021.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Direitos humanos e direito do trabalho:** uma conexão para a dignidade. Belo Horizonte: RTM, 2019.

DE MELLO, Lawrence Estivalet; RIOS, Roger Raupp. Neoliberalismo, contratualidade trabalhista e homotransfobia: exploração capitalista e discriminação contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 13, n. 2, p. 245-261, 2021.

GREEN, James N.; QUINTELHA, Renan; CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa. **Histórias do movimento LGBT no Brasil.** São Paulo: Alameda, 2018.

GUEDES, Douglas Souza; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Diversidade sexual como elemento integrante da dignidade humana: os princípios humanísticos de Yogyakarta como um mínimo existencial sexual. *In: Discriminação LGBTIA+ nas relações de trabalho.* São Paulo: Dialética, 2022.

IGNÁCIO, Taynah; DUARTE, Addressa; FERREIRA, Guilherme; BURIGO, Joanna; GARCIA, Tamires; BUENO, Winnie. **Tem saída? Perspectivas LGBTI+ sobre o Brasil**. Porto Alegre: Zouk, 2020.

MARTINEZ Luciano. O trabalho das pessoas transgênero e as suas peculiaridades. *In: Discriminação LGBTI+ nas relações de trabalho*. São Paulo: Dialética, 2022.

MENEZES, Moisés; OLIVEIRA, Antônio; NASCIMENTO, Ana Paula. LGBT e mercado de trabalho: uma trajetória de preconceitos e discriminações. **Conferência internacional de estudos queer – Conquer**, 11, 12, 13/4/2018

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer**: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

NICOLI, Pedro; DUTRA, Renata. Direitos trabalhistas como direitos LGBTI+: uma leitura queer dos retrocessos sociolaborais no STF. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, 2022.

REUNIÃO INTERNACIONAL de especialistas em legislação internacional de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. **Princípios de Yogyakarta**. Yogyakarta: Indonésia, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 18/12/2022.

ROCHA, Larissa Medeiros. **Direito dos trabalhadores LGBT**: ações essenciais para a promoção do meio ambiente de trabalho equilibrado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, Dhones; MIRANDA, Marcelo; SANTOS, Gonçalo. Homofobia e interseccionalidade: sentidos condensados a partir de uma pesquisa bibliográfica. **Revista Intertérios, Revista de Educação**, Universidade Federal de Pernambuco, Caruaru, v. 6, n. 10, 2020.

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES:

A IMPORTÂNCIA DO CASO DO CAMPO DO ALGODÃO PARA A PERSPECTIVA DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO

Daniela Lustoza Marques de Souza Chaves

Daniela Lustoza, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especializada em Direito e Cidadania (UFRN) e em Direito Processual Civil (EA). Integrante do Comitê Científico de Assessoramento à Pesquisa da Enamat. Integrante da Comissão de Estudos Relativos a Questões de Gênero da Enamat. Integrante do Grupo de Pesquisa Administração, Governo e Políticas Públicas do Poder Judiciário (GPJUS) (UFRN/UNP/CNPQ). Juíza do Trabalho Titular da 11ª Vara do Trabalho de Natal/RN. Presidente da Amatra 21. Contato eletrônico: danielalustoza@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3028578337346414>.

“[...] Quer dizer, o que é uma mulher? Juro que não sei e duvido que vocês saibam. Duvido que alguém possa saber, enquanto ela não se expressar em todas as artes e profissões abertas à capacidade humana”

Virgínia Woolf (2018)

INTRODUÇÃO

A Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) contribuiu para a visibilidade dos fossos de gênero existentes no cenário mundial, a partir do destaque oferecido pelo Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 5 (ODS 5), que tem, como finalidade, “alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”. Esse panorama não é diferente no Brasil e o Judiciário do país institucionalizou a Agenda 2030, mediante sua integração, com a aprovação da meta 9, no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário, que aconteceu no ano de 2020.

Com o impulso fornecido pela Agenda 2030 e a atenção que lhe foi dedicada pelo Judiciário brasileiro, o tema das brechas de gênero e suas repercussões passou a integrar as discussões possibilitadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o órgão que pensa o Judiciário também sob o aspecto de *policy maker*, o que proporcionou a elaboração de um protocolo para orientação quanto aos julgamentos, observando-se a perspectiva de gênero, com recomendação para que esse documento seja observado pela magistratura brasileira, a partir do ano de 2022.

Atualmente, ações para a divulgação do protocolo brasileiro e letramento da magistratura quanto ao tema vem sendo oportunizadas, sendo importante o conhecimento sobre os direitos humanos das mulheres e os instrumentos internacionais que os reconhecem, bem como casos emblemáticos apreciados pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH e CortelDH), com destaque para o Caso do Campo do Algodão, acontecido no México, muito citado pela literatura como contribuição à mudança de paradigma no Judiciário daquele país quanto à utilização, quando necessário, de lentes de julgamento que possibilitem observar ângulos somente verificados com o olhar sob perspectiva de gênero.

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi adotada em 1979, após muitos anos de debates, pela

Assembleia Geral da ONU e, após mais de 40 anos de sua adoção pela ONU, ainda se encontra atual a temática da discriminação em desfavor das mulheres em várias esferas da vida, no trabalho, em carreiras jurídicas, nos esportes, artes e política.

O panorama, portanto, propicia a elaboração desse estudo, com o objetivo de demonstrar a atualidade do tema direitos humanos das mulheres, partindo-se dos paradigmas construídos por decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH e CorteIDH), que contribuem para o avanço de instituições como o Judiciário, no melhor caminho à hermenêutica com perspectiva de gênero.

Assim, na seção inicial, os direitos humanos das mulheres são destacados a partir da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), a Declaração de Pequim e o Programa de Ação da Conferência do Cairo, importantes instrumentos normativos internacionais.

Na segunda seção, o estudo destaca três casos apreciados pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH e CorteIDH), descrevendo-se elementos, considerados importantes pelos organismos internacionais, para a formação de paradigmas decisórios que oferecem valiosa contribuição na discussão sobre direitos humanos das mulheres, com destaque para os estereótipos que acompanham, dia após dia, a sua existência.

A terceira seção aborda o Caso do Campo do Algodão, ocorrido no México, em razão de sua repercussão e influência para adoção, entre outras medidas, de políticas públicas voltadas à prevenção da violência contra as mulheres e providências do Judiciário mexicano para elaboração do protocolo para julgamento com perspectiva de gênero naquele país.

Por fim, a quarta seção debruça-se sobre a perspectiva de gênero, especialmente sua utilização como mecanismo metodológico de grande contribuição aos julgamentos, recentemente adotado pelo Judiciário brasileiro, demonstrando-se a atualidade do tema dos direitos humanos das mulheres e a necessária qualificação da magistratura para atuar com abordagem de gênero, de forma a concretizar os valores de um Estado de direito, constitucional e democrático.

1. DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS

O percurso para as conquistas dos direitos das mulheres foi historicamente traçado ao longo do tempo, em avanços e retrocessos, nunca em uma linha reta que possibilitasse alcançar esse objetivo, mas em um traçado labiríntico, que demandou, e ainda demanda, muita energia e protagonismos, individual e coletivo. Há grande contribuição para os avanços a partir de alguns significativos instrumentos normativos internacionais, mesmo que esse desenvolvimento não tenha acontecido de forma homogênea no panorama mundial.

Para Nussbaum (2017, p. 27-31), a fim de que as mulheres possam viver uma vida plenamente humana, há a necessidade de um apoio essencial que lhes falta, em várias partes do mundo, pelo simples fato de serem mulheres, pois essas ainda não são enxergadas como um fim em si mesmas, como pessoas que possuem dignidade e merecem, portanto, o respeito e consideração das leis e das instituições. Frequentemente as mulheres são enxergadas como instrumentos do desejo de outrem e as desigualdades sociais e políticas ensejam nas mulheres capacidades humanas desiguais. Na maior parte do mundo, portanto, as mulheres ainda carecem de viver uma vida plenamente humana.

Chaves (2021, p. 115) destaca que, na contemporaneidade, o sistema patriarcal³¹ ainda se manifesta, com sucesso, apesar de serem as mulheres metade da população mundial, o que pode ser observado mediante avanços e refluxos que se dirigem a não subordinação das mulheres em relação aos homens, “principalmente com a expressão do feminismo e a elaboração de uma teoria feminista”.

Esse fenômeno mantém-se, apesar da conquista relacionada à elaboração de instrumentos normativos internacionais valiosos para a sedimentação dos direitos humanos das mulheres, com a participação ativa da ONU, que se entrelaçam à história do feminismo, mediante ações políticas para a institucionalização dos direitos para as mulheres.

Em 1945, a Carta das Nações Unidas considerou a igualdade de gênero como direito fundamental, porém, segundo Pinheiro (s/d, p. 3, *on-line*), muitas ações

31 Conforme Pateman (2020, p. 33-38), patriarcado significa uma metáfora, um símbolo, que traduz a “contínua dominação dos homens adultos sobre mulheres adultas”. Para Chaves (2021, p. 121) “a dominação persistente dos homens sobre as mulheres, muitas vezes exercida de forma sutil, é observada ao longo da história, estabelecendo-se o seu domínio e os colocando na centralidade das coisas, como se fosse algo natural, sem que a reação das mulheres seja suficiente para uma transformação desse *status* [...]”.

políticas e estratégias tiveram de ser desenvolvidas junto a governos e organismos internacionais buscando que “um conjunto de mecanismos e programas de ações fosse estabelecido” para a promoção dos direitos das mulheres.

A Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW), de 1946, foi muito importante nessa trajetória, sendo criada por um dos principais órgãos da ONU, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), com o propósito de monitorar a situação das mulheres, e teve participação importante para o traçado da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948. A CSW preocupou-se com “uma linguagem sensível às questões de gênero e cuidou de manter evidente a perspectiva da igualdade entre homens e mulheres, para além do implícito no homem como significante de humanidade” (GUARNIERI, T. H, 2010; PINHEIRO, s/d, p. 4, *on-line*).

CHAVES (2021, p. 93) ressalta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, por sua vez, significou expressiva conquista das mulheres, no fluxo da primeira onda do feminismo, e, no que diz respeito aos direitos fundamentais, “essa conquista também não se dissocia do ativismo feminista no mundo, inserindo-se no momento histórico da ebulição de uma primeira onda que eclodia em relação às demandas feministas”, assegurando-se direitos civis e políticos às mulheres.

Em 1979 foi aprovada, pela ONU, a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), que ficou conhecida como Convenção da Mulher, após algumas décadas de esforços internacionais e como iniciativa da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW), órgão da ONU. A ONU havia proclamado o período compreendido entre 1976-1985 como o Decênio da Mulher e 1975 foi destacado como o Ano Internacional da Mulher (LAGARDE Y DE LOS RIOS, 2012, p. 97, *on-line*; PIMENTEL, 2006, *on-line*).

A Convenção da Mulher (CEDAW) foi adotada pela Assembleia Geral da Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. O documento define, logo em seu primeiro artigo, o que significa discriminação contra a mulher, destaca a preocupação dos Estados-Partes em relação à discriminação contra a mulher em todas as suas formas, bem como, entre outros objetivos, promove os direitos das mulheres, objetivando a igualdade de gênero (ONU, 1979, *on-line*).

O Brasil assinou a Convenção da Mulher, em 31 de março de 1981, mas, com reservas, ratificando-a, também com reservas, em 1º de fevereiro de 1984. A CEDAW entrou em vigor no Brasil em 2 de março de 1984 e, em 22 de junho de 1994, foi finalmente ratificada, sem reservas, sendo documento importante

que inspirou a legislação nacional em relação ao tema da violência contra as mulheres (ONU, 1979, *on-line*).

A Convenção da Mulher significa, para Pimentel (2006, *on-line*), a “grande Carta Magna dos direitos das mulheres” e “simboliza o resultado de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano”, surgindo no curso da segunda onda do feminismo como projeção das conquistas das mulheres.

A Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), reunida na capital do estado do Pará, no Brasil, no ano de 1994, aprovou a Convenção de Belém do Pará ou Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que teve sua ratificação, pelo Brasil, em 27 de novembro de 1995, passando a possuir caráter normativo no âmbito nacional a partir do Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996 (BARSTED, 2006, p. 140).

Na Convenção de Belém do Pará, a violência contra mulher foi o destaque, pelo que o normativo se dedicou à violência física, sexual e psicológica contra a mulher, afirmando que essa violência constitui “violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais” e “limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. Esse destacado instrumento significa “manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres (BARSTED, 2006, p. 142).

Em 1994 o Egito sediou a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), da ONU, conhecida como Conferência do Cairo. Onze mil participantes, entre representantes de governos, das Nações Unidas, organizações não governamentais e meios de comunicação, reuniram-se para debater o bem-estar humano, estabelecendo-se que a saúde reprodutiva foi considerada direito humano e “elemento fundamental da igualdade de gênero” (PATRIOTA, 2006, p. 35).

Na ocasião, 179 Estados-Membros aprovaram o Programa de Ação da CIPD, pelo que a comunidade internacional, portanto, colocou o bem-estar humano no centro da agenda mundial para o desenvolvimento e estabeleceu um compromisso de proteção às mulheres e, principalmente, meninas. Foram estabelecidas três metas a serem atingidas até o ano de 2015: diminuição da mortalidade infantil e materna; acesso à educação, em especial para as meninas; acesso universal a serviços de saúde reprodutiva, incluindo-se o planejamento familiar (UNFPA, *s/d, on-line*; PATRIOTA, 2006).

A IV Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher, por sua vez, aconteceu em Pequim, em setembro de 1995, ano em que se comemorou o quinquagésimo aniversário da fundação das Nações Unidas. A partir da conferência, surgiram uma Declaração e uma Plataforma de Ação de Pequim, com objetivos estratégicos e ações traçados para se alcançar objetivos em 12 áreas de preocupação prioritárias, como pobreza da mulher; desigualdade, inadequação e acesso assimétrico à educação; todas as formas de violência contra a mulher, entre outros (VIOTTI, 2006).

Muitos normativos internacionais foram tecidos em busca de se assegurar o exercício de todas as capacidades humanas para as mulheres, porém, passados mais de 40 anos da adoção da Convenção da Mulher (CEDAW), com a preocupação mundial sobre o tema dos direitos humanos das mulheres, o debate sobre a necessária pauta mundial da igualdade de gênero permanece em evidência.

No caminho para a construção de melhores mecanismos que assegurem, ou mesmo consolidem, direitos das mulheres, há expressiva contribuição dos precedentes formados pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos (CIDH e CorteIDH), fixados a partir de casos emblemáticos de violação dos direitos humanos das mulheres.

2. PRECEDENTES IMPORTANTES DA COMISSÃO E DA CORTE INTERAMERICANAS DE DIREITOS HUMANOS (CIDH E CORTEIDH)

O traçado para a equidade de gênero encontra, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), importante contribuição, pois, a partir dos casos apreciados por esses organismos internacionais, paradigmas e políticas de enfrentamento às assimetrias e violências de gênero são estabelecidos, especialmente pelos países sujeitos das denúncias, contribuindo, portanto, para o atingimento do ODS 5 da AGENDA 2030 da ONU.

Conforme esclarece Bicudo (2000, p. 70-1, *on-line*), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos surgiu, de forma incipiente, mediante resolução, não unânime, extraída de uma reunião de Ministro do Exterior dos Estados Americanos, em Santiago, no Chile, em 1959. Em 1969, com a aprovação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José, na Costa Rica, houve institucionalização convencional da CIDH.

O estatuto da CIDH foi aprovado na Assembleia Geral da OEA, que aconteceu em La Paz, Bolívia, em 1979, com alteração no ano seguinte, em Washington, e definiu a CIDH como principal órgão da OEA, “criado para promover a observância e defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nessa matéria” (BICUDO, 2000, p. 70-1, *on-line*; TRINDADE, 2000, *on-line*).

A Convenção Americana também instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos para atuar como seu órgão judicial autônomo, sendo “encarregada de sua interpretação e aplicação, e com o propósito principal de julgar casos de supostas violações dos direitos humanos consagrados na Convenção”. A CortelDH realizou as primeiras reuniões na sede da OEA, em Washington, em 29 e 30 de junho de 1979, instalando-se em São José da Costa Rica, sua sede permanente, em 3 de setembro de 1979 (TRINDADE, 2000, p. 43, *on-line*).

O art. 12 da Convenção da Mulher, de 1994, prevê que qualquer pessoa, grupo de pessoas, entidade não governamental pode apresentar petição de denúncias ou queixas de violação por um Estado-Parte em relação ao conteúdo do art. 7º, à CIDH. Os Estados-Partes e a Comissão Interamericana de Mulheres também poderão solicitar à CortelDH interpretação sobre a Convenção da Mulher (ONU, 1979).

Assim, o **Caso 11.625, Maria Eugênia Morales de Sierra e Guatemala**, foi debatido pela CIDH, mediante petição que lhe foi apresentada em 8 de fevereiro de 1995. O conteúdo da petição sustentava que o Código Civil da República da Guatemala estabelecia distinções discriminatórias entre homens e mulheres ao definir o papel dos cônjuges no casamento, em afronta aos artigos 1(1), 2, 17 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CIDH, 1995, *on-line*).

A vítima do caso, Maria Eugenia Morales de Sierra, juntamente com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) foram os requerentes e denunciaram a definição legal discriminatória em relação ao cônjuge mulher conferida pelos artigos do Código Civil da Guatemala, que atribuíam ao marido a representação conjugal (CIDH, 1995, *on-line*).

A autoridade matrimonial conferida ao homem somente excepcionalmente poderia ser exercida pela esposa, em hipóteses elencados pelo Código Civil. Além disso, a legislação codificada em destaque também previa que a obrigação de cuidar dos filhos menores e do lar era da mulher, que só poderia exercer profissão ou ter um emprego quando não prejudique a funções de mãe e dona de casa. A denúncia também destacou que, conforme o Código Civil, o marido poderia se opor à atividade da mulher fora de casa sempre que a sustentasse e

tivesse razões justificadas, bem como a representação dos filhos do casamento e administração dos seus bens cabia ao marido (CIDH, 1995, *on-line*).

No Caso 11.625, observa-se o debate sobre a influência estrutural dos estereótipos relacionados às funções que devem ser desempenhadas pelos homens e pelas mulheres, com consequentes repercussões na ordem jurídica estabelecida. Apesar de terem provocado a Corte Constitucional da Guatemala, de acordo com o Caso 84-92, os requerentes informaram que a decisão daquela Corte considerou constitucionais as distinções estabelecidas pela legislação civil, oferecendo **certeza jurídica quanto às funções no âmbito do matrimônio** (CIDH, 1995, *on-line*).

Para Fricker (2017, p. 38-39), estereótipos dizem respeito a associações elaboradas e amplamente aceitas em relação a um ou mais atributos de determinado grupo social, sendo a intuição das mulheres, por exemplo, considerada estereótipo. Porém, em um contexto em que o intuitivo é associado à irracionalidade, esse estereótipo se traduz como depreciativo e será elogioso em um ambiente em que intuição é vista como ativo cognitivo. O compromisso cognitivo de algum nível de generalização empírica sobre um grupo significa estereotipar.

A “visão generalizada ou a um pré-conceito sobre as capacidades ou os papéis dos membros de um grupo” significa estereótipo, segundo Cook, tornando-se desnecessária a consideração sobre as capacidades particulares de cada membro. Atribui-se, assim, a um indivíduo “atributos e papéis específicos em razão do pertencimento daquela pessoa a determinado grupo” (COOK, 2011, *on-line*).

A CIDH concluiu, no **Caso n. 11.625**, que os artigos impugnados obstaculizam o dever do Estado de proteger a família ao impor um regime que impede a vítima de exercer seus direitos e de cumprir suas responsabilidades “em pé de igualdade” com o marido, dentro do matrimônio. O Estado, portanto, não adotou medidas para garantir a igualdade de direitos e equilibrar responsabilidades no matrimônio, observando que o Código Civil da Guatemala reproduzia estereótipos sobre o papel da mulher casada no matrimônio, restringindo sua capacidade jurídica em razão de estereótipos (CIDH, 1995, *on-line*).

A decisão da CIDH em relação ao Caso 11.625 é considerada emblemática e muito significativa pois, pela primeira vez, “um tribunal de direitos humanos nomeou o estereótipo de papel sexual das mulheres como mães e cuidadoras e dos homens como provedores de alimento”, o que é prejudicial e discrimina-

tório às mulheres, especialmente ao estereotipar mulheres casadas quando lhes atribui determinados papéis, conforme o sexo, sendo papel do Estado remediar (COOK, 2011, *on-line*).

O Caso 12.051, conhecido como Caso Maria da Penha, é expressivo e foi apresentado à CIDH, mediante denúncia, em 20 de agosto de 1988, apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, CEJIL e Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), que noticiou a tolerância do Estado brasileiro quanto à violência perpetrada por Marco Antônio Heredia Viveiros contra sua esposa Maria da Penha Maia Fernandes, o que aconteceu durante anos de convivência no casamento. O ápice da violência foi a tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983, na Cidade de Fortaleza, Ceará, no entanto, o agressor permanecia em liberdade após 17 anos de tramitação judicial no Brasil, demonstrando a tolerância da República Federativa do Brasil (CIDH, 1998, *on-line*).

Os denunciantes sustentaram a ineficácia judicial relacionada ao caso, assim como a violência doméstica como exemplo de impunidade, não constituindo, a situação narrada na denúncia, um caso isolado no Brasil. Tratando-se de **violência doméstica** contra mulheres, as denúncias sequer se convertem em condenação aos agressores, em sua maioria, em evidente violação aos direitos humanos. Apesar de solicitada, não houve qualquer manifestação do Estado brasileiro perante a Comissão no Caso 12.051 (CIDH, 1998, *on-line*).

A repercussão do Caso 12.051 foi expressiva e, como reflexo, a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi sancionada, ficando conhecida como Lei Maria da Penha. O diploma legal teve alterações posteriores, pela Lei n. 13.505, de 2017, e mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher foram criados. Além disso, a legislação dispôs sobre a criação dos Juizados Especiais de violência doméstica e familiar contra a mulher e definiu os tipos de violência doméstica como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, esclarecendo quanto ao papel do Estado associado a políticas públicas para mulheres, além de providenciar alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal.

A CorteIDH, por sua vez, apreciou o caso do **Campo Algodonero**, que aconteceu no México, na América Latina. Trata-se de importante precedente dessa Corte que abordou, pela primeira vez, a violência contra as mulheres como feminicídio, e considerou aquele Estado responsável pela aguda falha policial, ao investigar o desaparecimento e assassinato de três mulheres, imigrantes e pobres, sendo duas dessas mulheres menores de idade. Esse precedente

contribuiu para a elaboração do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, no México, o que demanda maior atenção sobre sua significância no panorama dos avanços em busca da equidade de gênero.

3. O CASO DO CAMPO DO ALGODÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PERSPECTIVA DE GÊNERO NO JUDICIÁRIO

A primeira edição do Protocolo para Juzgar com Perspectiva de Género: haciendo realidad el derecho a la Igualdade, da Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) foi publicada, em sua primeira edição, em julho de 2013, tendo como propósito atender os problemas detectados e as medidas de reparação ordenadas pela Corte IDH nos casos Campo Algodonero, Ines Fernández Ortega e Valentina Rosendo Cantu, que se relacionam ao controle de convencionalidade, por quem faz justiça e, portanto, à aplicação do direito internacional, bem como estabelecer instrumentos e estratégias de capacitação e formação em perspectiva de gênero e direitos das mulheres (SCJN, 2013, p. 8, *on-line*).

O protocolo destacou, ainda, que as sentenças possuem um poder individual e coletivo de impactar a vida das pessoas e moldar a identidade do Poder Judiciário, em sua condição de ator imprescindível para a construção de um Estado Democrático de Direito. Assim, o documento em referência propôs, desde o ano de 2013, caminhos para se detectar as circunstâncias estruturais que possibilitam a perpetuação das violações de direitos humanos, em razão da identidade sexo-genérica das pessoas, enfatizando a importância de que o trabalho jurisdicional observe a complexidade do contexto social, econômico e cultural (SCJN, 2013, p 9, *on-line*).

O Caso Gonzáles e outras, Campo Algodoeiro foi referenciado, portanto, no primeiro Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero elaborado pela SCJN e, segundo Piovesan e Fachin (2018, p. 184), apresenta significativa importância pois também inspirou, no Brasil, a adoção da lei que tipifica o feminicídio, em razão dos parâmetros panamericanos protetivos que contém.

Trata-se da Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, prevendo o feminicídio como circunstância que qualifica o crime de homicídio, quando se realiza contra mulher, por sua condição de sexo feminino, em violência doméstica ou familiar, bem como situação de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015, *on-line*).

A CIDH apresentou à jurisdição da Corte IDH, em 4 de novembro de 2007, o caso “Gonzáles e outras” contra os Estados Unidos Mexicanos, após verificar que esse país ignorou suas recomendações. Assim, denunciou a possível responsabilidade do Estado Mexicano no desaparecimento e morte de três jovens mulheres, entre 15 e 25 anos, Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrea Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, duas delas sendo menores de idade, que tiveram seus corpos encontrados na plantação de algodão de Ciudad Juárez, em 6 de novembro de 2001 (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

Ao observar os antecedentes contextuais, a Corte IDH registrou que Ciudad Juárez localiza-se ao norte do estado de Chihuahua, na fronteira com El Paso, Texas. Com uma população de mais de 1.200.000 habitantes, tem como característica ser uma cidade industrial, na qual se desenvolveu a indústria maquiladora e o trânsito de migrantes, mexicanos e estrangeiro. As grandes desigualdades sociais e sua posição de fronteira internacional contribuem para o desenvolvimento de várias formas de crime organizado (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

A CIDH, ao denunciar o caso à Corte IDH, destacou que Ciudad Juárez teve aumento expressivo no número de desaparecimentos e homicídios de mulheres e meninas, em situação crítica quanto à violência contra as mulheres e deficiente resposta do Estado em relação a esses crimes, reconhecendo o Estado a problemática da violência em desfavor das mulheres naquela cidade (CORTEIDH, 2009, p. 30, *on-line*).

O estado do México afirmou, no Caso do Campo do Algodão, que os homicídios contra as mulheres em Ciudad Juárez, entre outros fatores, encontravam-se influenciados por uma cultura de discriminação contra as mulheres e um dos fatores estruturais que motivou situações de violência contra mulheres naquela cidade é a modificação dos papéis familiares em decorrência do trabalho das mulheres, pois desde 1965 a indústria maquiladora começou em Ciudad Juárez, intensificando-se em 1993, com o Tratado de Livre Comércio com a América do Norte (CORTEIDH, 2009, p. 35, *on-line*).

O Estado acrescentou que a indústria, assim, passou a preferir contratar mulheres maquiladoras, causando mudanças em suas vidas laborais e impactando a vida familiar, em razão da modificação dos papéis familiares, quando as mulheres a proverem o lar, o que gerou conflitos familiares, pois as mulheres passaram a ter imagem de mais competitivas e independentes economicamente. Com base no Relatório CEDAW, o Estado Mexicano afirmou que essa

transformação nos papéis, porém, não se fez acompanhar da mudança de atitudes e mentalidades tradicionais, o aspecto patriarcal, permanecendo a visão estereotipada dos papéis sociais de homens e mulheres (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

Além disso, outro ponto destacado pela CIDH ao denunciar o caso, que merece destaque, refere-se às atitudes discriminatórias das autoridades estatais perante os homicídios em Ciudad Juárez, sendo descrito como “alarmante padrão de resposta e concepções estereotipadas das mulheres desaparecidas”. Esse padrão se apresentava na “percepção dos funcionários estatais de que a busca e proteção de mulheres desaparecidas não era importante”, em razão do que denominavam “falta de moralidade”, culpando as vítimas pela sua conduta, forma de vestir, local de trabalho, andarem sozinhas, falta de cuidado dos pais (CORTEIDH, 2009, p. 41-42, *on-line*).

Ao denunciarem o desaparecimento, todos ocorridos em 2001, os representantes das vítimas afirmaram que as autoridades minimizaram os fatos ou mesmo desacreditavam “sob o pretexto de que eram mocinhas que ‘andavam com o namorado’ ou ‘andavam de paqueras”, ou mesmo com os “amigos de gandaia”, assim como lhes foi dito que as garotas paqueravam muito e “provocavam os homens”, declarações que não foram controvertidas pelo Estado (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

As “Mortas de Juárez”, como foram denominadas as mulheres e meninas assassinadas, sofreram as repercussões do patriarcado e dos estereótipos arraigados historicamente, que não permitiram a modificação do padrão conhecido e estabelecido dos homens como provedores do lar. Observa-se, assim, a partir do caso apreciado pela Corte IDH, a importância do trabalho e da independência econômica que aquele possibilita às mulheres, mas que podem levar a situações extremas de violência baseada em gênero, pelo fato da mudança dos papéis familiares, que as retira da condição de inferioridade que lhes é destinada por outrem, sem que haja a correspondente aceitação dessa possibilidade pelo outro.

A sentença do caso do Campo Algodonero é considerada emblemática, destacando-se cinco razões: 1) o Estado mexicano é condenado por violar direitos humanos, destacando-se a sua reponsabilidade internacional, no âmbito interamericano, pelo não cumprimento das responsabilidades em relação a três mulheres vítimas e suas famílias, em um contexto de violência contra as mulheres na Ciudad Juárez, desde 1993; 2) a sentença é histórica, pois defi-

ne ações de reparação de dano para as pessoas ofendidas diretamente, mas também reformas nas instituições e em relação às autoridades, programas de prevenção e atenção, incluindo-se políticas públicas dirigidas à população em geral, com o objetivo de realização de mudanças sociais e no Estado, para que os direitos humanos sejam realidade em Ciudad Juárez e no México; 3) A CortelDH confirma sua competência para julgar possíveis violações aos direitos e obrigações definidos na Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e assim os direitos das mulheres se reafirmam como direitos humanos, universais, exigíveis e postuláveis judicialmente (REDE MESA DE MUJERES JUÁREZ; CLADEM, 2010, p. 6-7, *on-line*).

Além dessas razões, a sentença do caso é de extrema importância porque: 4) A Corte consolida conceitos e metodologia da perspectiva de gênero na interpretação judicial e confirma a perspectiva de gênero como característica central da exigência para se avaliar as ações empreendidas pelo Estado para reparar danos e cumprir suas obrigações; 5) os argumentos utilizados pela Corte sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência, a análise jurídica realizada com uma perspectiva de gênero, bem como as medidas de reparação definidas na sentença, têm impacto direto nas ações a serem desenvolvidas em Ciudad Juárez, e um impacto potencial no México, na região interamericana e no mundo (REDE MESA DE MUJERES JUÁREZ; CLADEM, 2010, p. 6-7, *on-line*).

Na sentença, o Tribunal ordenou, ainda, que, sem prejuízo da existência de programas e capacitações tendo como público alvo os funcionários públicos encarregados da aplicação da Justiça e Ciudad Juárez, bem como cursos em direitos humanos e gênero, o Estado devia continuar oferecendo programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero; perspectiva de gênero destinada às diligências devidas na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violências e homicídios das mulheres que tenham como causa o gênero; superação dos estereótipos relacionado ao papel desempenhado pelas mulheres na sociedade (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

Ademais, a Corte determinou que os programas e cursos fossem destinados a policiais, promotores, juízes, militares, funcionários com responsabilidade de atendimento e assistência jurídica às vítimas do crime, ou mesmo qualquer funcionário público, no âmbito local ou federal, que participe, de alguma forma,

na prevenção, investigação, processamento, sanção e reparação dos casos que envolvam a violência e discriminação por gênero (CORTEIDH, 2009, *on-line*).

O caso do Campo do Algodão resultou em importante precedente para a observância da perspectiva de gênero por todo o sistema de justiça no México. No Judiciário desse país, a SCJN debruçou-se sobre as significativas brechas de gênero existentes e, seguindo determinação da CorteIDH, elaborou um protocolo como subsídio metodológico para contribuir com a melhor formação da magistratura na apreciação de casos que demandem abertura cognitiva, em razão da influência estrutural do patriarcado e de suas repercussões nas relações sociais e culturais estabelecidas historicamente.

Chaves (2021, p. 164) afirma que “o enfoque de gênero proporciona a utilização de lentes diferenciadas, não influenciadas pelos compromissos relacionados à condição das mulheres e do seu lugar na engrenagem social, estabelecidos pela história narrada pelo patriarcado”. A perspectiva de gênero possibilita enxergar os “sujeitos da diversidade”, quem enfrenta a adversidade dramaticamente, e concentra significativo esforço vital para convencimento e diálogo, sendo submetidos “a formas particulares de exploração, pressão e marginalização” (LAGARDE Y DE LOS RIOS, 2018, posição 35).

A concepção de gênero para a magistratura, como auxílio metodológico à hermenêutica, demanda mudança de paradigma, em atuação transformadora da realidade. Significa dizer que “o acesso à justiça e a eficácia do Judiciário, com responsabilidade e inclusão, perpassam no reconhecimento da diversidade e existência de grupos vulneráveis e menos favorecidos no contexto social nos quais se inserem” (CHAVES, 2021, p. 259).

MATAS (2018, *on-line*) esclarece que a perspectiva de gênero corresponde a nova maneira de abordar o direito e distribuir justiça, garantindo os direitos humanos das mulheres. Significa, assim, a interpretação das normas com a finalidade de se efetivar o direito à igualdade, no caminho do enfrentamento à impunidade, desigualdade e discriminação, com a diminuição ou mesmo a eliminação da cegueira de gênero.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) publicaram o “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero”, com o objetivo de se atingir a igualdade de gênero preconizada no ODS 5 da AGENDA 2030 da ONU, conforme compromisso assumido pelo STF e CNJ (CNJ/ENFAM, *on-line*).

Trata-se de um passo importante, objetivando-se alcançar, no panorama do país, julgamentos com abordagem de gênero, especialmente considerando-se os sujeitos marginalizados hermeneuticamente. Nesse propósito, significa um ponto de partida, que enseja formação e letramento da magistratura, pois não é suficiente ao desaparecimento do poder simbólico masculino imediatamente.

A perspectiva de gênero atua como fio condutor para um tecido que envolva diversos atores do sistema de justiça, incluindo-se magistradas e magistrados, possibilitando o tecer juntos, que ofereça à sociedade um Judiciário como instituição eficaz, sem discriminação, plural e expressão do Estado Democrático Constitucional de Direito.

O Caso do Campo do Algodão significa importante precedente da CortelDH para se atentar sobre a influência negativa do patriarcado e dos estereótipos, especialmente quando relacionados às mulheres e sua atuação no mercado de trabalho, bem como a cognição sobre feminicídio e perspectiva de gênero, com influência no panorama internacional. As mulheres, *muertas de Juárez*, simbolizam o sofrimento perpetrado pela violenta discriminação de gênero, e inspira os avanços individuais, coletivos e institucionais para o enfrentamento da violência contra as mulheres e meninas, no Brasil e no mundo.

4. CONCLUSÕES

A consolidação dos direitos humanos das mulheres é uma tarefa árdua. Apesar da expressiva CEDAW, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1979, bem como outros instrumentos internacionais significativos, as brechas e violências de gênero ainda se mostram preocupantes no Brasil e no cenário mundial.

Nesse panorama, a CIDH e a CortelDH possuem expressivo destaque quando chamadas a tomar posição em casos de alheamento dos Estados em relação à concretização dos direitos humanos das mulheres em seus países, possibilitando a formação de importantes precedentes que trabalham a tipificação dos estereótipos de gênero; a elucidação de conceitos relacionados à perspectiva de gênero; a determinação do desenvolvimento, pelos países sujeitos de suas decisões, de políticas públicas de equidade e coibição da violência contra as mulheres; bem como o avanço no ordenamento jurídico dos países no sentido da proteção feminina, como aconteceu com a Lei Maria da Penha, no Brasil.

O Caso do Campo do Algodão, ocorrido no México, apresenta-se como muito importante para o avanço das instituições, especialmente aquelas que integram o sistema de Justiça. A violência contra as mulheres de Ciudad Juárez, fez que a CorteIDH se debruçasse sobre os complexos efeitos do patriarcado e os estereótipos negativos relacionados ao papel das mulheres em sociedade, avançando para destacar a necessidade de uma abordagem diferenciada pelos profissionais do sistema de justiça, influenciando a elaboração de um protocolo para julgamento em perspectiva de gênero pela SCJN.

Seguindo o mesmo caminho, quase 10 anos após o primeiro documento do Estado mexicano, o Brasil elaborou seu primeiro protocolo para julgamento em perspectiva de gênero. Imprescindível, no momento, a formação da magistratura do país para a atuação com abordagem de gênero, possibilitando uma hermenêutica que reflita o Estado Democrático e Constitucional, em uma sociedade plural e integrada por sujeitos de diversidade.

5. REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará – 1994. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. (Série Documentos).

BICUDO, Hélio. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: funções e atuações. **Workshop A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional//index.php/API/article/view/3507/3629>. p. 68-9. Acesso em: 17 dez. 2018.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.104%2C%20DE%209,no%20rol%20dos%20crimes%20hediondos. Acesso em: 20 dez. 2020.

CHAVES, Daniela Lustoza Marques de. **Enigmas de gênero**: mulheres e carreira na magistratura federal. 2021. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2021. Disponível em: <https://www.unifor.br/web/guest/bdtd?course=569®istration=1723655>. Acesso em: 29 abr. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 1998**. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria Eugênia Morales de Sierra vs. Guatemala, 1995**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília: CNJ/Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-102021-final.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021**. Brasília: CNJ/Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-102021-final.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

COOK, Rebecca. Estereótipos de gênero nas cortes internacionais – um desafio à igualdade: entrevista com Rebecca Cook. In: DINIZ, Debora. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 336, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/tv6xRFT-ShVjcdJxpQFDdbPvk/?lang=pt>. Acesso em: 19 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gonzáles e outras vs. México**. Sentença de 16 de novembro de 2009 (Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 17 dez. 2022.

FRICKER, Miranda. **Injusticia epistémica: el poder e la ética del conocimiento**. Trad. Ricardo García Pérez. Barcelona: Herder Editorial, 2017.

GUARNIERI, T. H. Os direitos das mulheres no contexto internacional da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995). **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, n. 8, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2DaEHXz>.

LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela. **Género y feminismo: desarrollo humano y democracia**. Ciudad de México: Siglo XXI Editores, 2018.

MATAS, Glória Poyatos. **Juzgar con perspectiva de género como hermenêutica de impartición de justicia equitativa**. Julgar sob perspectiva de gênero – entre a igualdade e a constitucionalidade. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_JulgarGenero2018.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

NUSSBAUM, Martha C. **Las mujeres y el desarrollo humano**. Trad. Roberto Bernet. 2. ed. Barcelona: Herder, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Nova York, set. 2015. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_de-senvsust/Agenda2030-completo-site.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (CEDAW). 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em: 17 dez. 2022.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

PATRIOTA, Tania. Relatório da Conferência Internacional sobre população e Desenvolvimento – Plataforma do Cairo, 1994. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. (Série Documentos).

PIMENTEL, Silvia. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. (Série Documentos).

PINHEIRO, Ana Laura Lobato. **Direitos humanos das mulheres**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), s/d. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190327_tema_i_direitos_humanos_das_mulheres.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Giradi. Diálogos sobre o feminino: a proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil à luz do impacto do sistema interamericano. *In*: SILVA, Christine Peter da; BARBOSA, Estefânia Maia de Queiroz; FACHIN, Melina Giradi (Coord.); NOWAK, Bruna (Org.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodvm, 2018.

REDE MESA DE Mujeres Juárez; Cladem (Comitê De América Latina Y Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer). **Campo algodoneiro**. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. Distrito Federal, México, 2010. Disponível em: https://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/Campo_algodonero_ES.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **Protocolo para juzgar com perspectiva de género**: haciendo realidade el derecho a la igualdad. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. Disponível em: http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. **Workshop A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacao-institucional//index.php/API/article/view/3507/3629>. Acesso em: 17 dez. 2022.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Conferência Internacional sobre la Población y el Desarrollo**. Disponível em: <https://www.unfpa.org/es/conferencia-internacional-sobre-la-poblaci%C3%B3n-y-el-desarrollo>. Acesso em: 17 dez. 2022.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Pequim – 1995. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. (Série Documentos).

WOOLF, Virgínia. **Profissões para mulheres e outros artigos feministas**. Trad. Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2018.

PARTE II

DIREITOS HUMANOS
SOCIAIS, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E
CONSTITUCIONALISMO

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: O DEVER DE CONTRATAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Edilton Meireles

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC/SP. Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, professor adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBa). Contato eletrônico: edilton_meireles@uol.com.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/6602550613140098>.

INTRODUÇÃO

É comum se afirmar, até por aplicação do texto constitucional, que os direitos fundamentais têm eficácia imediata, inclusive nas relações entre particulares.

Muitos dos direitos fundamentais, todavia, inclusive vários daqueles arrolados como trabalhistas, ainda não foram objeto de regulamentação por leis infraconstitucionais. E é por tal motivo que parte da jurisprudência e doutrina se apegam a essa ausência de regulamentação para negar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, especialmente quando o próprio texto constitucional se refere à sua disciplina por lei.

No presente trabalho, no entanto, procura-se abordar essa questão, investigando-se se, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais devem ser concretizados, independentemente de lei regulamentadora, mas tão simplesmente mediante a contratação. Dar-se-á ênfase, todavia, aos direitos fundamentais trabalhistas.

1. CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES

A eficácia imediata dos direitos fundamentais é matéria disciplinada na própria Constituição Federal, que, em seu art. 5º, § 1º, estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Óbvio que, quando a Constituição fala em aplicação imediata, ela quer estabelecer que as suas normas têm plena eficácia jurídica, não dependendo de qualquer outro ato normativo para tanto. Da aplicação jurídica imediata, no entanto, surge a eficácia do direito respectivo no mundo fático.

Ter aplicação jurídica imediata é incidir incontinenter às relações jurídicas, independentemente de qualquer outro ato ou ação necessária à sua eficácia. Assim, pode-se afirmar que, independentemente de qualquer lei regulamentadora dos direitos fundamentais, os direitos e as garantias fundamentais se aplicam às relações entre particulares, sem necessidade de qualquer outro ato ou ação necessária à sua eficácia.

Nessa trilha, por exemplo, independente de qualquer ato ou ação, lei ou contrato, o direito fundamental à proteção da vida íntima e privada incide nas relações entre os particulares. Logo, toda e qualquer pessoa deve respeitar a vida íntima ou a vida privada de outrem. E os exemplos são múltiplos quando se trata dos direitos elencados no art. 5º da Constituição Federal.

Ocorre, porém, que muitos dos direitos fundamentais, especialmente os trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição Federal, somente podem ser concretizados se, por óbvio, houver uma relação contratual firmada entre o destinatário do direito e o seu obrigado. Para o trabalhador ter como eficaz o direito ao décimo terceiro salário, por exemplo, é preciso que, antes, tenha firmado um contrato de emprego.

Aqui, então, cabe uma ressalva quanto à incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A incidência pode ocorrer de modo imediato, independentemente de qualquer fato ou ato jurídico, quando se trata de direitos que incidem independentemente da existência de uma relação contratual. É a hipótese da proteção à vida privada nas relações extracontratuais. Já em outras hipóteses, a eficácia do direito fundamental está sujeita à prévia pactuação de um negócio jurídico. É o que ocorre com diversos direitos trabalhistas prestacionais, cuja eficácia está condicionada à existência de um contrato. Somente uma vez firmado o contrato é que o direito fundamental passa a ter eficácia imediata. Já outros direitos fundamentais não dependem para sua eficácia dessa prévia contratação (direito à vida, à liberdade, proteção da vida íntima etc.), já que incidem nas relações extracontratuais.

A eficácia do direito constitucional, portanto, em relação às prestações trabalhistas, fica condicionada à contratação do empregado. Celebrado o contrato, no entanto, a incidência do direito fundamental se faz de imediata, independentemente da vontade dos contratantes, que não podem dispor quanto a sua não aplicação. Aqui o legislador constitucional limitou a autonomia privada. O particular é livre para contratar, mas uma vez firmado o contrato, sua vontade (autonomia privada) fica limitada em relação às suas condições (cláusulas do contrato) quando diante de um direito fundamental.

Ocorre, porém, que a limitação à autonomia privada tem duas faces: uma positiva e outra negativa. Na sua vertente negativa, a limitação à autonomia privada (à liberdade negocial) retira da pessoa a liberdade de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações. É o caso do 13º salário assegurado na Constituição Federal. Uma vez celebrado o contrato de emprego, independentemente da vontade dos contratantes, esse benefício previsto constitucionalmente passa a ser devido pelo empregador em favor do empregado. Os contratantes, assim, ficam impedidos de dispor sobre esse direito no que se refere a ele ser devido ou não. Como a Constituição, no entanto, não é exaustiva na regulamentação desse benefício trabalhista, permanece, todavia,

neste caso específico do 13º salário, como em muitos outros, a liberdade de disposição quanto a vários aspectos relacionados à respectiva prestação, como, por exemplo, a data do seu pagamento, o seu valor etc. E esta peculiaridade se repete em diversas outras hipóteses.

Óbvio, no entanto, que, em havendo lei infraconstitucional regulamentando o direito fundamental, pode se estar diante de novas regras limitadoras à autonomia privada. E é o que ocorre com o 13º salário, que já foi (já era) objeto de disciplina por lei ordinária, inclusive quanto ao seu valor, data de pagamento etc.

Já na vertente positiva da limitação à autonomia privada, o legislador impõe à pessoa um dever de contratar. Se, do ponto de vista negativo, impede de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações, na vertente positiva impõe a obrigação de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações. Pode chegar mesmo a impor a própria contratação (interferindo na própria vontade de contratar), como ocorre nos contratos obrigatórios, a exemplo, de fornecimento de energia, fornecimento de água etc. Nesses casos, em geral, as concessionárias não podem se recusar a contratar o fornecimento desses bens vitais (energia, água etc.).

A limitação à autonomia privada também se impõe, em alguns casos, sob a forma de obrigação de manter o contrato mesmo contra a vontade. É o que ocorre com o empregado estável, situação na qual o empregador não pode romper o contrato, pois está limitado na sua autonomia privada de não querer mais continuar com a execução do contrato.

Daí se tem, até por um raciocínio lógico, que, se a pessoa pode ser obrigada a contratar ou obrigada a manter a execução de um contrato mesmo contra sua vontade, mais razões existem para que sua autonomia privada também se limite quanto às condições contratuais, impondo-se, também, a obrigação de contratar determinadas prestações.

E é o que ocorre com os direitos fundamentais que somente incidem e passam a ter eficácia imediata se firmado um contrato. Nesse caso, como os direitos fundamentais têm eficácia imediata: uma vez firmado o contrato, as partes contratantes ficam limitadas nas suas autonomias privadas, passando a ser obrigadas a contratar e dispor sobre as mencionadas vantagens fundamentais. Ou, em outras palavras, se querem contratar, podem fazê-lo, mas desde que observem e disponham sobre os direitos fundamentais de eficácia imediata, regulamentando-os, no contrato, quando necessário.

Observar os direitos fundamentais na relação contratual não se resume a cumprir as obrigações ou prestações cujos delineamentos estejam exaustivamente disciplinados na Constituição ou que já foram objeto de regulamentação por lei infraconstitucional. Limitando à autonomia privada, também se impõe o respeito aos direitos fundamentais ainda não regulamentados por lei por meio da imposição da pactuação das regras contratuais necessárias à sua aplicação imediata. Assim, em outras palavras, mesmo que não seja exaustivo o texto constitucional e mesmo que o direito fundamental não esteja regulamentado em lei (esgotando-se as regras para sua concreta eficácia), cabe aos contratantes inserirem no contrato as regras indispensáveis à eficácia concreta e imediata da garantia constitucional. Aqui surge o dever de contratar a prestação fundamental de eficácia imediata.

Assim, por exemplo, mesmo que não houvesse lei regulamentado o décimo terceiro salário, ainda assim, dada a eficácia imediata do direito fundamental respectivo, caberia aos contratantes firmarem as cláusulas contratuais necessárias à sua concretização e eficácia. A autonomia privada, aqui, está limitada na sua vertente positiva, pois as partes são obrigadas a pactuar de modo a tornar concreto o direito fundamental de eficácia imediata.

Aqui, então, pode-se chegar à outra conclusão. É que os direitos fundamentais incidentes nas relações particulares contratuais (que estejam sujeitas à prévia existência de um contrato) podem e devem ser regulamentados por lei infraconstitucional ou pelo próprio contrato. E, no caso dos direitos trabalhistas, eles também podem e devem ser disciplinados por norma coletiva (art. 7º, inciso XXVI – “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”) ou por sentença normativa (art. 114, § 2º – “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”).

Cumprido, porém, ressaltar que a própria Constituição estabeleceu que, em algumas situações, determinadas restrições ao direito fundamental somente podem ser objeto de disciplina mediante específico instrumento jurídico. É o que ocorre com a possibilidade de redução salarial, somente admitida mediante convenção ou acordo coletivo do trabalho (inciso VI do art. 7º). Nesse caso, nem por lei, nem por contrato individual ou por sentença normativa, pode-se

restringir o direito fundamental à irredutibilidade do salário. A redução somente se admite por convenção ou acordo coletivo do trabalho.

O mesmo se diga, ainda, quanto à ampliação da jornada de trabalho realizada em turnos ininterruptos de revezamento, que também está sujeito a outra regulamentação mediante negociação coletiva (inciso XIV do art. 7º da CF).

Cabe observar, porém, que, a partir dos dois e únicos exemplos acima mencionados como de possível regulamentação mediante específico instrumento jurídico (convenção ou acordo coletivo), pode-se concluir que o constituinte apenas limitou essa possibilidade de disciplina para a hipótese de se estabelecer uma medida negatória ao direito fundamental. Dessa forma, se for para não incidir o direito fundamental (reduzindo o salário ou aumentando a jornada de trabalho em turnos ininterruptos), o constituinte estabeleceu um instrumento jurídico específico para dispor a respeito, limitando tanto a autonomia privada individual, como o próprio poder legislativo derivado (inclusive infraconstitucional) e o “poder normativo” da Justiça do Trabalho.

Já em relação à regulamentação do direito fundamental em si incidente em uma relação particular de natureza contratual, o constituinte não estabeleceu qualquer limite ao instrumento de sua disciplina. Logo, ele pode e deve ser objeto de regulamentação por lei infraconstitucional, contrato individual, acordo coletivo, convenção coletiva ou mesmo por sentença normativa. Tudo de modo a tornar, de fato, eficaz o direito fundamental.

E a essa conclusão se deve chegar mesmo diante de direitos fundamentais nos quais o constituinte impôs a obrigatoriedade de sua regulamentação por lei. Ao menos em relação aos direitos trabalhistas. Isso porque, mesmo neste caso, o legislador constitucional não retirou dos particulares a possibilidade de dispor sobre a matéria (direito) mediante contrato, já que o disposto no art. 7º da CF não impede a pactuação que visa à melhoria da condição social do trabalhador (*caput* do art. 7º). E o mesmo se diga, em relação às outras relações contratuais, já que remanesce a autonomia privada.

É o caso, por exemplo, do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (inciso XXIII do art. 7º). Observem que, neste caso, poder-se-ia pensar que o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas somente pode ser objeto de regulamentação por lei, já que o referido dispositivo constitucional menciona que o mesmo deva ser objeto de disciplina legislativa (“na forma da lei”). A partir desse raciocínio, então, enquanto não regulamentado esse adicional por lei, ele

não poderia ser exigido, já que faltaria a disciplina normativa necessária para sua eficácia (qual o percentual do adicional? O que é perigoso? etc.).

Deve-se, porém, nesse caso, dar outra interpretação ao referido texto constitucional, buscando justamente respeitar a eficácia do direito fundamental. Isso porque, em verdade, quando o constituinte estabeleceu em diversas passagens que determinadas matérias devam ser regulamentadas por lei (“na forma da lei”, “nos termos de lei complementar”, “conforme definido em lei” etc.), ela apenas quis estabelecer a possibilidade de o legislador infraconstitucional criar restrições ao direito fundamental ao estabelecer as regras para seu exercício.

Assim, se em relação a outras matérias não há a possibilidade de restrição por lei, para algumas o constituinte previu a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer restrição ou limitação. É certo, porém, que a autorização genérica dada ao legislador infraconstitucional para legislar sobre diversas questões não impede de se impor restrição aos direitos não sujeitos à “reserva da lei”. Contudo, a essa conclusão se chega a partir da incidência da teoria da colisão, que permite a “concordância prática” entre direitos fundamentais, a incidência dos limites imanentes e a delimitação para evitar choques a partir do exercício da liberdade (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146-162).

Essa possibilidade, porém, dada ao legislador infraconstitucional para delimitar o exercício do direito fundamental não retira dos particulares o dever de contratarem quanto à eficácia imediata do direito fundamental. E à essa conclusão se chega justamente a partir de uma interpretação sistemática da Constituição. Isso porque, se os direitos fundamentais têm eficácia imediata, mesmo nas relações contratuais entre particulares, logo não se pode estabelecer que aqueles estariam sujeitos à incidência somente depois de regulamentado por lei. Preferível, assim, se entender que, na omissão ou no espaço deixado pela lei, impõe-se aos contratantes o dever de firmar pacto contratual disciplinando a plena e imediata eficácia do direito constitucional.

Assim, em uma interpretação mais compatível com a regra da incidência imediata, é de se ter que a obrigatoriedade de regulamentação por lei não exclui o dever-direito das partes contratantes estabelecerem as regras necessárias à incidência imediata do direito fundamental.

Acrescente-se, ainda, que não haveria razão para se entender de modo diverso, pois, se se está diante de um negócio jurídico de natureza privada, não há razão para que os contratantes não possam dispor sobre um direito fundamental, tornando eficaz seu exercício, independentemente da regulamentação legal.

Mais coerente, portanto, é, desde logo, interpretar a norma constitucional como impositiva da obrigação de contratar o direito fundamental, de modo a torná-lo eficaz imediatamente.

2. OMISSÃO CONTRATUAL

Da mesma forma que pode faltar lei regulamentando o direito fundamental, é certo que os contratantes também podem não pactuar de modo a tornar concretos os direitos fundamentais quando necessário. Omissos o legislador; omissos aos contratantes.

Quando a lei, a convenção coletiva ou acordo coletivo já regulamentou o direito fundamental, é certo que as partes podem até ser omissos na pactuação individual, pois a norma supletiva ou imperativa (lei, convenção coletiva ou acordo coletivo) incide na relação jurídica contratual, atuando, a bem da verdade, em algumas situações, como limitadora da autonomia privada.

É certo, ainda, que, mesmo diante dos direitos fundamentais aos quais o constituinte, de logo, não deixou registrado o dever imediato de regulamentação (“na forma da lei”, “nos termos de lei complementar”, “conforme definido em lei”, etc), o destinatário dessa vantagem (do direito fundamental) tem o direito de exigir do Estado-legislador a edição de norma tendente a concretizá-lo, independentemente de, eventualmente, pactuada em contrato os termos necessários à sua eficácia.

Aqui estar-se-ia diante do direito à legislação, mencionado por Robert Alexy (2022, p 476) e acolhido por parte dos doutrinadores brasileiros, a exemplo de Dirley da Cunha Júnior, para quem o direito subjetivo a uma legislação decorre da previsão, por parte do art. 102, § 2º da CF/88, da omissão inconstitucional, da força normativa da Constituição e da previsão de um direito fundamental material da qual decorre o comando determinador de regulação (2004, p. 360).

Contudo, como já dito, o fato de a parte interessada ter o direito subjetivo de exigir do Estado a legislação pertinente não lhe retira o dever-direito de concretizar o direito fundamental mediante o contrato. Aqui há direito à legislação, como há direito-dever de contratar (limitação à autonomia privada). E se, para a omissão legislativa, o próprio constituinte previu como instrumentos para concretização do direito à legislação o acesso à justiça mediante a propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, ou até da ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), para a omissão do

particular, quando da contratação, a legislação prevê o acesso irrestrito à Justiça. Assim, diante da omissão contratual, cabe ao credor do direito fundamental, caso haja resistência em contratá-lo por parte do obrigado (cocontratante), pedir ao Judiciário que seja preenchida a lacuna contratual.

A supressão da omissão contratual pelo juiz, aliás, não se constitui nenhuma novidade legislativa. Basta mencionar que o art. 480 do Código Civil prevê a possibilidade de a parte contratante pedir judicialmente a redução da prestação ou o modo de executá-la quando diante de onerosidade excessiva. Então, nesta hipótese, caso as partes não pactuem quanto à redução da prestação ou quanto a alteração do modo de sua execução, caberá ao juiz decidir a respeito.

Hipótese semelhante existe no art. 464 do Código Civil, que, em relação ao contrato preliminar, estabelece que, “esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”.

Concretização, ainda, dessa possibilidade de supressão da vontade contratual pelo juiz, tem-se no preceito do art. 501 do CPC/71, que estabelece a regra de que a sentença que condena o devedor a emitir declaração de vontade, “uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

São todas, pois, situações nas quais o juiz supre a vontade do contratante ou da pessoa, assim como, em diversas outras hipóteses, a exemplo da outorga uxória etc.

Assim, havendo o dever de contratar, não será pela omissão do contratante obrigado que o direito fundamental deixará de ser exigível. Cabe, desse modo, ao interessado (contratante credor), buscar no Judiciário a integração do contrato, devendo o juiz suprir a lacuna, estabelecendo os termos do contrato na parte omissa, de modo a tornar eficaz o direito fundamental.

Nessa trilha, por exemplo, sendo direito fundamental do trabalhador a percepção do adicional de remuneração por atividade penosa, não havendo qualquer instrumento jurídico disciplinando essa vantagem constitucional, caberá ao juiz estabelecer a regra contratual respectiva, em cada caso concreto.

O poder do juiz em suprir essa lacuna, por sua vez, decorre do fato de a parte obrigada a contratar descumprir com essa sua obrigação (limite positivo à autonomia privada). Se a parte descumpre sua obrigação, logo abre caminho para a intervenção do Estado-juiz, que, em atividade substitutiva, faz prevalecer a ordem jurídica. Em suma: se você não paga, o juiz penhora seus bens, vende-

-os e com o dinheiro do devedor (fruto da venda) paga a dívida (o juiz substitui o devedor no cumprimento da obrigação); se você não quer fazer, o juiz faz em seu nome (da mesma forma, o juiz substitui o devedor no cumprimento da obrigação) etc.

Pode-se afirmar, todavia, que, neste caso, a decisão judicial não teria efeito retroativo ou quando muito apenas retroagirá à data da citação (ou do ajuizamento da demanda). Contudo, cabe entender que há o efeito retroativo à data da celebração do contrato, já que o direito fundamental tem eficácia imediata e cabia às partes contratarem o modo de sua concretização.

De qualquer modo, ainda que não seja assim, a violação do dever de contratar por parte do obrigado ao direito fundamental gera a sua responsabilidade civil. Assim, no exemplo do adicional de remuneração, se o juiz suprir, *ex nunc*, a omissão contratual, fixando o valor devido a esse título, é certo que o empregador, doravante, estará obrigado a pagar a respectiva prestação. Mas, em relação aos fatos passados, como ele descumpriu com sua obrigação de contratar, caberá a reparação do dano causado ao empregado dada a violação ao direito fundamental à eficácia do direito fundamental. E, no caso, a reparação será igual à prestação que deveria ter sido paga desde o início do contrato. Logo, na prática, a decisão judicial terá efeito retroativo (*ex tunc*), seja em forma de pagamento da própria prestação devida, seja em forma de indenização pela reparação do dano.

Cumprindo, ainda, destacar que, em matéria de direito fundamental, descabe presumir qualquer renúncia. Assim, se o trabalhador não contratou, quando da celebração do contrato de emprego, a forma de pagamento de uma vantagem jusfundamental (v.g., adicional de penosidade), isto não implica deduzir que ele renunciou ao direito respectivo. Até porque sua vontade (autonomia privada) também está limitada. O trabalhador não só tem assegurado o “direito fundamental”, como tem o dever de pactuar as regras necessárias para sua eficácia imediata. Logo, não cabe presumir qualquer renúncia a esse direito-dever.

Por fim, ressalte-se que, sejam as partes contratantes, seja o juiz quando da colmatação da lacuna contratual, assim como o próprio legislador ou os convenientes ou acordantes coletivamente, todos devem, na regulamentação do direito fundamental, aplicar os princípios que regem os direitos e as garantias constitucionais, de modo que, em sua disciplina, não se incorra em inconstitucionalidades, ilegalidades ou em abuso do direito (de contratar).

Óbvio, ainda, que as partes não podem contratar o adicional de remuneração em valor irrisório, de modo a tornar, na prática, um direito esvaziado. Nesse sentido, por certo que não se pode atingir o núcleo essencial do direito fundamental ou estabelecer restrições não permitidas ou não autorizadas pela Constituição.

Outrossim, na pactuação das cláusulas contratuais necessárias à eficácia do direito fundamental, se em colisão com outro direito fundamental, deve se usar da técnica da ponderação ou da proporcionalidade, procurando compatibilizar os direitos em confronto, observando o propósito perseguido, a licitude das eventuais restrições, a adequação e a necessidade.

E não se pode perder de vista que impera sobre os direitos fundamentais os princípios da sua máxima eficácia e o da dignidade da pessoa humana. Além disso, na hipótese do direito fundamental trabalhista, cabe lembrar que sobre ele ainda incidem os princípios do direito ao trabalho (art. 6º da CF), da valorização do trabalho humano (*caput* do art. 170 da CF), do valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e do não retrocesso (ou do avanço) social (*caput* do art. 7º c/c § 2º, *in fine*, do art. 114 da CF). E esses princípios reforçam ainda mais toda a argumentação acima, qual seja, de que, para máxima eficácia dos direitos fundamentais, para realização da dignidade da pessoa humana e para concretização do direito ao trabalho, da valorização do trabalho, do valor social do trabalho e do avanço social dos trabalhadores, é imperioso se concluir que os direitos fundamentais trabalhistas impõem às partes do contrato de emprego o direito-dever de disciplinar as vantagens contratuais previstas na Constituição Federal independentemente da existência ou não de lei regulamentadora.

A essa mesma conclusão, aliás, pode-se chegar em relação às normas coletivas trabalhistas. Então, da mesma forma que os empregados e empregadores têm o direito-dever de pactuar quanto à eficácia dos direitos fundamentais ainda não regulamentados por lei, às entidades sindicais e os empregadores, seja mediante convenção coletiva (celebrada pelas entidades sindicais), seja por meio de acordo coletivo (celebrado entre entidade sindical e empregador), também estão obrigados a tanto.

O direito fundamental, assim, tanto cria uma limitação positiva à autonomia privada individual, como à autonomia privada coletiva, obrigando a todos os envolvidos o dever de contratar de modo a tornar eficaz a garantia constitucional.

3. CONCLUSÕES

Do exposto acima, podemos concluir, resumidamente:

- a) “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º do art. 5º da CF/88);
- b) ter aplicação imediata é incidir incontinentemente, independentemente de qualquer outro ato ou ação necessária à sua incidência;
- c) a incidência ocorre de modo imediato, independente de qualquer outro fato ou ato jurídico, quando se trata de direitos que incidem independentemente da existência de uma relação contratual;
- d) na hipótese de relação contratual, a eficácia do direito fundamental fica condicionado à celebração do contrato;
- e) uma vez pactuado o contrato, porém, a incidência do direito fundamental se faz de imediato, independentemente da vontade dos contratantes, que não podem dispor quanto a sua não aplicação; neste caso, o legislador constitucional limitou a autonomia privada dos particulares;
- f) a limitação à autonomia privada tem duas faces: uma positiva e outra negativa; na vertente negativa, a limitação à autonomia privada (à liberdade negocial) retira da pessoa a liberdade de dispor sobre determinados direitos, prestações ou obrigações; já na sua vertente positiva, o legislador impõe à pessoa um dever de contratar;
- g) os direitos fundamentais incidentes nas relações particulares de natureza contratual (que estejam sujeitas à prévia existência de um contrato) podem e devem ser regulamentadas por lei infraconstitucional ou pelo próprio contrato;
- h) no caso dos direitos trabalhistas, os direitos fundamentais pertinentes também podem e devem ser disciplinados por norma coletiva ou por sentença normativa;
- i) a obrigatoriedade da regulamentação mediante lei do direito fundamental de modo a se alcançar a sua eficácia não retira dos particulares o dever de contratarem quanto a eficácia imediata do direito fundamental quando diante da omissão legislativa;
- j) o direito fundamental tanto cria uma limitação positiva (dever de contratar) à autonomia privada individual, como à autonomia privada coletiva, obrigando a todos os envolvidos o dever de contratar de modo a tornar

- eficaz o direito fundamental quando não haja norma regulamentando seu exercício;
- k) diante da omissão contratual, cabe ao destinatário do direito fundamental, caso haja resistência em contratar pelo obrigado, pedir ao Judiciário que seja preenchida a lacuna contratual;
 - l) a decisão judicial supridora da omissão contratual tem efeito retroativo à data da celebração do contrato;
 - m) quando da pactuação individual ou coletiva ou quando da decisão judicial colmatadora da omissão contratual, cabe aos contratantes ou ao juiz fazer observar sobre o direito fundamental trabalhista a incidência dos princípios do direito ao trabalho (art. 6º da CF), da valorização do trabalho humano (*caput* do art. 170 da CF), do valor social do trabalho (inciso IV do art. 1º da CF) e do não retrocesso (ou do avanço) social (*caput* do art. 7º c/c § 2º, *in fine*, do art. 114 da CF);
 - n) também quando da contratação ou da decisão judicial, devem ser aplicados os princípios que regem os direitos e as garantias constitucionais, de modo que, em sua disciplina contratual, não se incorra em inconstitucionalidades, ilegalidades ou em abuso do direito (de contratar); e, por fim,
 - o) em matéria de direito fundamental descabe presumir qualquer renúncia.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Leonardo Vieira Wandelli

Doutor em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal do Paraná (2009), Diploma de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2006). Professor de diversos cursos de pós-graduação e de Escolas da Magistratura. Ex-presidente do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (Conematra), juiz do trabalho titular da 9ª Região (PR). Membro do Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro. Juiz supervisor da Secretaria de Pesquisa Judiciária e Ciência de Dados do TST. Consultor contratado do OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights – UN (2015-2016). Tem experiência na área de direito, com ênfase em direitos humanos, direitos fundamentais, direito do trabalho, psicodinâmica do trabalho.

INTRODUÇÃO

Ousa-se sustentar que o direito ao trabalho é o mais importante, embora talvez o menos efetivo dos direitos fundamentais. São notórias as dificuldades históricas de sua implementação, que contrastam com a proeminência com que surge o direito ao trabalho como ponta de lança dos direitos sociais, tanto em processos históricos de luta quanto em declarações normativas no âmbito internacional. Contudo, a recente deriva neoliberal tem em muito agravado tanto as condições de compra e venda da força de trabalho, degradando as condições de subsistência por meio do trabalho, quanto as condições existenciais, de vida individual e coletiva, por meio do trabalho, degradando o conteúdo e o sentido do trabalho, como mediações para necessidades humanas de desenvolvimento da personalidade, das capacidades, dos vínculos sociais e da vida política¹. A compreensão da centralidade do trabalho convoca a cultura jurídica a enfrentar a crescente violação do direito ao trabalho decorrente dessa dupla precarização. Por isso, vai se privilegiar, neste espaço, uma abordagem voltada às perspectivas de sua implementação atual na ordem constitucional vigente. Ficam supostos, aqui, os aspectos relativos ao seu devir histórico e do aporte crítico que o direito ao trabalho, como expressão de necessidades que demandam uma profunda transformação da institucionalidade vigente, traz frente a essa mesma ordem que o consagra.²

O foco na implementação não significa, porém, que não seja necessário reverter os elementos de fundamentação desse direito. Ao contrário da clássica afirmação de Bobbio, para quem “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”,³ postulase, na esteira do que foi sustentado por Joaquín Herrera Flores, que já é mais que tempo de parar para refletir como, para proteger os direitos humanos, é indispensável repensar-se a sua fundamenta-

1 Para uma magistral abordagem, nesse sentido: SUPIOT, Alain. **Le travail n'est pas une marchandise**: contenu et sens du travail au XXI^e siècle. Paris, Éditions du Collège de France, 2019. Sobre a centralidade do trabalho nas ciências sociais, DEJOURS, C.; DERANTY, J-P.; RENAULT, E.; SMITH, n. H. **The return of work in critical theory**: self, society, politics. New York: Columbia University Press, 2018.

2 A respeito do duplo caráter, normativo-positivo e, ao mesmo tempo, crítico-transformador do direito ao trabalho, ver WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

3 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

ção.⁴ Pretende-se enfrentar juridicamente a inefetividade do direito humano e fundamental ao trabalho a partir de um esforço de reconstrução normativa da sua fundamentação, feito em publicação anterior, apoiado em um duplo pilar teórico, nas teorias das necessidades e nas teorias do reconhecimento.⁵

Com esse esforço de reconstrução busca-se não somente recuperar a importância do vínculo entre trabalho e dignidade humana – a sua fundamentalidade material –, como especialmente explicitar aspectos essenciais da centralidade do trabalho para os sujeitos, iluminando seu conteúdo normativo de forma constitucionalmente adequada. O direito ao trabalho se desvela, então, não apenas como necessidade radical, a demandar a transformação integral da institucionalidade vigente, estabelecendo uma disjuntiva do tipo nova institucionalidade ou nada. Sem perda dessa radicalidade, abrem-se veredas para sua implementação progressiva também como direito positivado em um amplo leque de normas internacionais e nacionais, *hic et nunc*, que contempla diversas dimensões normativas atualmente exigíveis, cujo conteúdo é explicitado a partir da reconstrução de sua fundamentação. Propõe-se que, no centro desse direito, está um direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho, que determina juridicamente as condições da atividade e da organização do trabalho, que possibilitam ou obstruem aspectos centrais da relação entre dignidade e trabalho.

A seguir, no tópico 2, procura-se identificar o contexto normativo do direito ao trabalho, cuja importância é desmerecida por um escasso desenvolvimento dogmático, colocando-se a questão das condições para superar-se essa paralisia. No tópico 3, sintetizam-se alguns elementos da reconstrução da fundamentação do direito ao trabalho, centrado no binômio necessidades-reconhecimento, que subsidiarão uma releitura concretizadora cujos contornos gerais se esboçam nos tópicos 4 a 7. No tópico 4, procura-se desenhar a figura complexa de um direito multidimensional, um verdadeiro megadireito, pela abrangência do leque que integra o seu âmbito normativo, segundo a tradição do direito internacional e do direito constitucional brasileiro. Um direito que é a pedra fundamental que abre o discurso normativo sobre a questão vital do trabalho tanto nas relações de trabalho assalariadas (tópico 5), quanto nas relações de trabalho para além do assalariamento (tópicos 6 e 7). A dimensão central, hoje

4 HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005. p. 36-38.

5 WANDELLI, ob. cit.

ainda obscurecida, desse âmbito normativo, segundo se propõe, é a do direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho, explicitada, no tópico 5.1.

1. A CENTRALIDADE INEFETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E SEU (DES)VELAMENTO DOGMÁTICO

Reiteradamente proclamado nos textos constitucionais e de normas internacionais relativas a direitos humanos, o direito ao trabalho é considerado pela doutrina internacional mais abalizada como “*el arquetipo de los derechos sociales*”⁶ ou “o direito social por antonomásia”⁷ ou ainda “*il primo dei diritti sociali*”⁸. Sua centralidade para o discurso jurídico é reiterada na literatura, não só por tais razões de ordem normativa, mas também por razões de ordem histórica – como primeira bandeira que levou ao constitucionalismo social – e de ordem cultural – pela necessária hierarquia valorativa que assume na “sociedade do trabalho”⁹. Sobretudo, tal direito é reconhecido como a condição indispensável para outros direitos humanos, como consta da Proclamação de Teerã, de 1968, pela Assembleia Geral da ONU¹⁰. O mesmo foi articulado de modo taxativo na Resolução n. 34/1946, de 1979, também da Assembleia Geral da ONU: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”.

Mais recentemente, o **Conselho de Direitos Humanos (CDH) da ONU**, desde 2015 passou a adotar um ponto de pauta permanente sobre o direito ao

6 SASTRE IBARRECHE, Rafael. **El derecho al trabajo**. Madrid: Trotta, 1996. p. 19.

7 “*Que el derecho al trabajo ha sido considerado tradicionalmente como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia, no necesita ahora ya particulares justificaciones, pues es un dato adquirido la numerosísima literatura al respecto.*” MONEREO PÉREZ, José Luiz; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo. In: MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE e MORENO VIDA (dir.). **Comentario a la Constitución socio-económica de España**. Granada: Comares, 2002. p. 288.

8 GIUBBONI, Stefano. **Il primo dei diritti sociali: riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo**. Disponível em: http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf.

9 MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, op. et cit. locs.

10 No art. 13 da Proclamação de Teerã, de 1968, dispõe-se que: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível. O alcance de progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais saudáveis e eficazes de desenvolvimento econômico e social.”

trabalho¹¹, a demonstrar a necessidade atual de reforçar-se a sua implementação no plano internacional e no interior dos Estados. Em março de 2016 o CDH, na sua 31ª Sessão, examinou esse tema tendo como impulso o estudo que foi apresentado pelo Alto Comissariado sobre o Direito ao Trabalho, consignando, em resoluções anuais do CDH, como a Resolução A/HRC/31/L.32 de 2016 e a Resolução A/HRC/43/L.6 de 2020, que *"el derecho al trabajo no solo es esencial para la efectividad de otros derechos humanos, sino que también constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana y es importante para garantizar la satisfacción de las necesidades y los valores humanos, que son fundamentales para el disfrute de una vida digna"*.

No dizer de Celso de Albuquerque Mello seria "o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais",¹² sendo a condição para os demais direitos sociais. E, sem estes últimos, não há sentido para os direitos individuais clássicos, uma vez que já adquirida a compreensão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: "o que interessa a liberdade de expressão se não se têm os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação?"¹³.

Com efeito, no plano internacional, há grande acervo de normas internacionais de direitos humanos em geral e, em especial, de direitos sociolaborais, que referem explicitamente ao reconhecimento e a formas de implementação do direito ao trabalho. A princípiar, o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.¹⁴ É relevante que o item I do art. 23 distingue o direito ao trabalho como expressão mais geral, do direito à livre escolha de emprego, assim como do direito a condições justas de trabalho e o direito à proteção contra o desemprego. Bem assim, os itens II a IV, consignam o direito à igualdade salarial para igual trabalho, o direito de organização e filiação sindical e, em especial,

11 Conselho de Direitos Humanos. **Resolução 28/15 sobre o Direito ao Trabalho**.

12 MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

13 *Idem*, p. 221.

14 Art. 23. I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

o direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e sua família uma existência digna. Não se olvide, ainda, o vínculo indivisível firmado, no art. 22 da DUDH, entre os DESCs, dignidade e o desenvolvimento da personalidade. Em termos dogmáticos, esse desenho de um direito geral, que se desdobra em aspectos parcelares, expressa a pluralidade de dimensões normativas característica do direito ao trabalho, como se verá adiante.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, tratado ratificado e vigente no âmbito interno brasileiro¹⁵, o qual deu prosseguimento à positivação dos direitos enunciados na DUDH, assegura o direito ao trabalho em seu art. 6º, elencando, de forma não exaustiva, o direito a trabalhar, à oportunidade de um trabalho livremente escolhido ou aceito, formação profissional, políticas de desenvolvimento econômico, social e cultural e a “ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana”.¹⁶

No plano regional interamericano, especial destaque entre as fontes normativas merece o Protocolo de São Salvador, tratado igualmente vigente no ordenamento brasileiro¹⁷, cujo art. 6 discerne entre o direito ao trabalho, como conceito mais abrangente, e conceitos mais específicos, a ele relacionados, mas que não o esgotam.¹⁸ Vale mencionar, ainda, o art. 45, *b*, da Carta da Or-

15 Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao direito interno brasileiro e divulgado no Dec. 591, de 6/7/1992.

16 Um amplo leque de implementação desse dispositivo é desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, encarregado do controle da implementação do PIDESC, na Observação Geral n. 18, de 24/11/2005, que será referida adiante. Diversas outras normas no âmbito da ONU se reportam ao direito ao trabalho. O art. 8, item 3, a, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; o art. 5º, parágrafo “e”, inciso “i”, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; o art. 11, § 1, item *a*, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; o art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança; os arts. 11, 25, 26, 40, 52 e 54 da Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Familiares.

17 Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 56, de 19/4/1995, sendo depositado em 21/8/1996, entrando em vigor, no plano internacional e para o Brasil em 16/11/1999, sendo completado o processo de introdução no direito interno brasileiro pelo Dec. 3.321, de 30/12/1999 (DOU 31/12/1999).

18 Art. 6. 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e

ganização dos Estados Americanos que, além de prever o trabalho como um direito e um dever social, considera-o como uma mediação para a dignidade, definindo as condições básicas para tanto.¹⁹ Ainda, o art. 34, *b*, da Carta da OEA inclui, entre as metas para a consecução de um desenvolvimento integral, salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos. Também o art. XIV da Declaração Americana consagra o “direito ao trabalho em condições dignas”.

Com base nesses dispositivos da Carta e da Declaração, a Corte IDH tem reconhecido não só que o direito ao trabalho está incluído nas obrigações de implementação progressiva dos DESCAs pelos Estados signatários, estatuído no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica), como também entre as obrigações de respeito e garantia de seu exercício, inclusive suprimindo a legislação necessária, de acordo com os artigos 1 e 2 da Convenção. Por isso, desde o paradigmático caso Lagos Del Campo vs Perú (2017) a Corte Interamericana vêm conhecendo de diversos casos em petições individuais que envolvem o descumprimento do direito ao trabalho, por violação da Convenção.²⁰

Passando-se agora ao âmbito da OIT, esta vem produzindo, desde 1919, normas que, embora, sintomaticamente, não tragam a expressão “direito ao trabalho”, podem ser consideradas desenvolvimentos parcelares desse direito

a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

19 “b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar”.

20 Cf. Caso Lagos del Campo vs. Peru. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C n. 340, par. 142 e 154; Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C n. 344, par. 192; Caso San Miguel Sosa e outras vs. Venezuela. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C n. 348, par. 220; Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. Série C n. 349, par. 100; Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala. Sentença de 23 de agosto de 2018. Série C n. 359, par. 75 a 97; Caso Muelle Flores vs. Peru. Sentença de 6 de março de 2019. Série C n. 375, par. 34 a 37; Caso Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. Sentença de 21 de novembro de 2019. Série C n. 394, par. 33 a 34; Caso Hernández vs. Argentina. Sentença de 22 de novembro de 2019. Série C n. 395, par. 62; Caso das Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Série C n. 400, par. 195; Caso Spoltore vs. Argentina. Sentença de 9 de junho de 2020. Serie C n. 404, pâr. 85; Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020.

humano²¹. Já no nascedouro da entidade ficou consagrado o princípio fundamental de que “o trabalho não é uma mercadoria”, como consta do Tratado de Versailles, o que veio a ser reafirmado na Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT e na *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, de 2008²². Este é o princípio que funda a compreensão de que o Trabalho é essencial à dignidade e que deve ser protegido como direito fundamental. Entre as normas da OIT²³, destaca-se, o disposto no art. 1º da Convenção 122 da OIT²⁴, também incorporada ao direito interno brasileiro, que dispõe sobre a política de emprego, a qual deverá procurar garantir:

- a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Trata-se de norma que evidencia que o pleno emprego não pode ser apenas quantitativo, devendo ser, cada emprego, qualitativamente pleno. Juntamente com o art. 6º do PIDESC, antes mencionado, o qual ressalta que as condições de trabalho são determinantes para o exercício das liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa, forma a base normativa que explicita a projeção

21 Sobre a eficácia normativa das declarações e recomendações da OIT, veja-se a exauriente tese de doutoramento de GUNTHER, Luís Eduardo. **Resoluções e declarações da OIT**: natureza e efeitos. Curitiba: UFPR (tese de doutoramento) e o preciso estudo de BEAUDONNET, Xavier (Ed.). **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes e docentes em direito. Turim: CIF-OIT, 2011. p. 30, 46-49 e 55-65.

22 Ver, por todos, SUPIOT, Alain. **L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au Marché total**. Paris: Seuil, 2010.

23 É também sintomático que, na Declaração de 1998 sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a OIT não incluiu nenhuma das Convenções que guardam pertinência com o núcleo do direito ao trabalho, como as Convenções 122 e 158 e 168. Nessa declaração, adotaram-se quatro princípios e direitos fundamentais do trabalho, correspondentes a 8 Convenções da OIT, que se consideram vinculantes de todos os países membros, independentemente de ratificação: 1) Liberdade de associação e de organização sindical e direito de negociação coletiva (convenções 87 e 98); 2) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (convenções 29 e 105); 3) Abolição do trabalho infantil (convenções 138 e 182); 4) Eliminação da discriminação no trabalho (Convenções 100 e 111). Na 110ª Conferência da OIT de 2022 foram acrescidas as Convenções Fundamentais sobre saúde e segurança no trabalho, (Convenções 155 e 187). Destas, o Brasil ainda não incorporou ao direito interno as Convenções 87 e 187.

24 Ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo 61, de 30/11/1966 e incorporada ao direito interno com divulgação pelo Dec. 66.499, de 27/4/1970.

do direito ao trabalho sobre o princípio do pleno emprego. Mas, especialmente, especificam o comando normativo de que cada emprego deva possibilitar ao trabalhador adquirir e utilizar as suas qualificações e dons. Reforçando esse objetivo, a Declaração da OIT de 2008 preconiza um trabalho no qual “indivíduos possam desenvolver e atualizar as capacidades e habilidades que os habilitem a empregá-las produtivamente para a sua autorrealização e para o bem comum”. Consagra-se aí, em especial, o vínculo do direito ao trabalho com o que denominamos de direito ao conteúdo do próprio trabalho, que, como se explicita adiante, constitui o cerne do sentido desse direito.²⁵

A Constituição Brasileira de 1988 é igualmente enfática em assegurar a mais proeminente estatura normativa e hierarquia axiológica ao direito ao trabalho, como expressão da íntima relação que estabelece entre a dignidade humana, o valor do trabalho e os direitos e instituições que afetam a vida daqueles que vivem do trabalho. Designa o trabalho como um direito social fundamental (art. 6º) ao qual acresce, no Título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores (art. 7º) e disposições relativas à liberdade sindical (art. 8º), direito de greve (art. 9º) e participação dos trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos de seu interesse (art. 10) e na gestão das empresas (art. 11), além de vários dispositivos esparsos que, em maior ou menor medida, contemplam aspectos do direito ao trabalho e da proteção do trabalho em geral, concretizando-o em normas específicas ou fortalecendo o seu âmbito geral.

Tais dispositivos que consagram direitos e garantias são contextualizados, no plexo constitucional, pela atribuição, ao trabalho, da força jurídica de um valor social elevado à máxima hierarquia e que, junto com a livre-iniciativa, é fundamento da República (art. 1º, IV), ao lado e intimamente ligado à dignidade

25 É essencial, ainda, a adoção, pela OIT, da agenda macropolítica de promoção do Trabalho Decente, compreendido como “um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho decente nas américas**: uma agenda hemisférica 2006-2015. Informe do Diretor Geral. Brasília: OIT, 2006. PIOVESAN, Flávia, Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. **Cadernos da AMATRA IV**, Porto Alegre, ano VI, n. 16, p. 20-54, nov. 2011. Para uma análise crítica do conceito de trabalho decente da OIT, à luz do direito ao trabalho, ver WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 234-235. Tratase, aqui, de estratégias políticas complexas de promoção do trabalho digno que atuam em prol da efetividade do direito ao trabalho para muito além dos mecanismos especificamente jurídicos de implementação.

da pessoa humana (art. 1º, III)²⁶. A mesma tríade de valores fundamentais é encontrada no *caput* do art. 170, que estabelece os princípios da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”. Ainda, o art. 193 estabelece que a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Por fim, o art. 205, ao estatuir a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece os fins da promoção da educação, que associam o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, ressaltando o vínculo existente entre desenvolvimento da personalidade, educação para a cidadania e qualificação para o trabalho.

Do conjunto dos enunciados constitucionais resulta consistente a afirmação de que não há como se conceber a dignidade da pessoa humana, como fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, de modo tal que não contemple a intensa vinculação com o trabalho como dimensão essencial dessa dignidade. No dizer de José Afonso da Silva:

Isso tem o sentido de reconhecer o *direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²⁷

Explícito, pois, o vínculo direto entre dignidade e direito ao trabalho. No discurso constitucional, o trabalho excede em muito a dimensão do ter, por meio de benefícios decorrentes da compra e venda da força de trabalho, mas diz respeito diretamente à dimensão do ser, dos aspectos mais essenciais da existência digna, a serviço da qual se coloca a ordem normativa e que se expressam no trabalho. Sendo o trabalho um elemento existencial intrínseco do ser humano, não tem ele apenas um valor instrumental à obtenção de outros bens, ainda que de subsistência. No texto da Constituição, o trabalho, como valor, é mais que o fundamento do direito do trabalho constitucionalizado. Ele

26 Sobre o valor constitucional do trabalho e sua vinculação à dignidade da pessoa humana, ver WANDRELLI, L.V. Valor social do trabalho e dignidade na Constituição. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2021. p. 253-276. V.1.

27 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 288-289.

é essencial à própria compreensão da noção constitucional de pessoa e das relações de construção em solidariedade de formas de vida digna, espalhando-se por todo o direito.

O conjunto de dispositivos constitucionais e normativas internacionais, associados à identificação doutrinária da primazia do direito ao trabalho no quadro dos direitos, levaria a se supor que daí decorreria um correspondente acervo dogmático e jurisprudencial de concretização de sua força normativa²⁸. Contudo, o cenário empírico jurídico atual prontamente desmente essa suposição. Sequer uma dimensão negativa do direito ao trabalho, como limite às ações do Estado potencialmente violadoras desse direito, vê-se suficientemente desenvolvida no espaço nacional, sendo escassa a produção teórica a respeito e rara a sua aparição nas decisões dos tribunais²⁹. O recente artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, esvaziando a proteção em face da despedida, ou a introdução do chamado “contrato de trabalho verde amarelo”, criado pela decaída MP 905/2019, permitindo a disponibilidade sobre a própria proteção jurídica do trabalho, são só exemplos entre os vários malferimentos legislativos promovidos pelas últimas alterações, retrocedendo na implementação do direito ao trabalho. De parte da jurisprudência, ressalvadas exceções, predomina o olhar passivo sobre esses regressos, quando não certo ativismo desconstrutor da normatividade constitucional sobre o trabalho³⁰. No âmbito da jurisprudência do STF, por exemplo, a maioria das poucas decisões que fazem referência ao direito ao trabalho atêm-se a uma pequena fração do conteúdo do direito ao trabalho, relativo à liberdade de exercício de profissão ou ao di-

28 Compreende-se por força normativa das normas jurídico-estatais algo que abrange dois aspectos: um, que se refere ao estado de coisas de um certo grau de **efetividade social** do conteúdo das normas; outro, que diz respeito ao que o jusfilósofo alemão Friedrich Müller denomina **concretização**, ou seja, a construção social – pelos atores sociais em geral, entre os quais os profissionais do direito – do sentido das normas a ser considerado judicial e extrajudicialmente. Normas, assim, são resultados de processos estruturados de concretização dos textos produzidos pelo estado democrático de direito, capazes de justificar a tomada de decisão por autoridades. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: PUF, 1996. p. 186 e ss.

29 A respeito, LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

30 DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Org.). **O Supremo e a reforma trabalhista**: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/41172>. COUTINHO, Grijalbo F. **Justiça política do capital**: a desconstrução do Direito do Trabalho por meio de decisões judiciais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho?: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul./set. 2017.

reito de trabalhar³¹. Se ampliarmos o questionamento para além da obrigação de proteção contra violações, incluindo as outras espécies de obrigações do Estado brasileiro para com a efetividade dos DESCs³², ainda menos se encontra em termos de medidas jurídicas concretas que se destinem explicitamente a proteger diretamente o direito ao trabalho, tanto em face de violações de particulares, quanto com o fim de promover as medidas legislativas, administrativas e judiciais para sua implementação. O fato é que o STF, embora tenha desenvolvido alguns aspectos do trabalho como valor constitucional e da liberdade de trabalhar, ainda está por iniciar a tarefa de desenvolver uma doutrina do direito fundamental ao trabalho. Uma inércia jurisprudencial que inclusive contrasta com os desenvolvimentos ainda iniciais, mas relativamente expressivos, que um renovado direito constitucional, absorvido pelos demais campos do direito, vem propiciando no âmbito de outros direitos sociais, especialmente no direito à saúde e à educação. A percepção de que não há um abismo entre a estrutura normativa de direitos sociais e de direitos civis e políticos vem possibilitando diversos avanços na exigibilidade desses outros direitos que, contudo, não vêm alcançando o direito ao trabalho³³.

Fábio Konder Comparato afirma ser o direito ao trabalho “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”,³⁴ mas a doutrina constitucional brasileira raramente dedica algumas linhas a esse que seria o carro chefe dos direitos sociais, tanto por sua relevância teórica, quanto por

31 É justo ressaltar, que há uma interessante linha jurisprudencial no STF que vem afirmando a violação ao direito ao trabalho digno pela sujeição a condições análogas à escravidão por trabalho em condições degradantes, tipificada pelo art. 149 do Código Penal, sem necessidade de restrição à liberdade de locomoção ou de escolha do trabalho. **Inq. 3412**, Rel. Min. Marco Aurélio, pub. 12/11/2012. RE 127923, Rel. Min. Edson Fachin, pub. 20/10/2021.

32 A recomendação 12 do Comitê de peritos do PIDESC explicita três espécies de obrigação do Estado: (a) não violar diretamente o direito; (b) protegê-lo em face de violações de terceiros; e (c) promover todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais ao seu alcance para sua efetiva implementação.

33 Um excelente estudo dessas práticas doutrinárias e judiciais em diversos países, embora com a explícita desconsideração do direito ao trabalho, foi feito por ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madri: Trotta, 2002. Contudo, já na 2ª edição da mesma obra, de 2004, os autores passam a relatar também desenvolvimentos dogmáticos em torno do direito ao trabalho.

34 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 345.

sua primazia histórica³⁵. Algo que nos faz refletir sobre o caráter de um constitucionalismo que não se dedica àquilo que Karl Polanyi denominou “o modo de vida das pessoas comuns”: o trabalho³⁶. Mas também entre os juslaboralistas pátrios se repete o mesmo quadro geral de omissão doutrinária, havendo escassas referências ao seu exercício no interior das relações de trabalho³⁷ e poucas monografias dedicadas ao tema³⁸.

É isso a que se chama de centralidade inefetiva do direito ao trabalho. A sua centralidade normativa, conceitual e antropológica é inquestionável, mas a sua inaplicação prática tem sido igualmente evidente. De uma parte, pelo esvaziamento socioeconômico de suas condições materiais. Mas também, de outra parte, pela escassa concretização dogmática. Não obstante, como nos adverte Hugo Barretto, o desenvolvimento dogmático insuficiente das garantias de seu cumprimento, ainda que uma tarefa por realizar, em nada esvazia a validade normativa desse direito fundamental.³⁹

35 Entre as louváveis e recentes exceções da literatura constitucionalista nacional que dedicam tópico específico a respeito, estão o excelente **Curso de direito constitucional**, de: SARLET; MARI-NONI; MITIDIERO, São Paulo: RT, 2012. p. 600-604 e o didático **Direito constitucional**, de: FERRARI, Regina M. M. N, São Paulo: RT, 2011. p. 761-774, que, com razão, identifica no direito ao trabalho o paradigma de leitura dos direitos sociais.

36 POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 51, 89-98 e passim.

37 Sintomaticamente, um dos juslaboralistas nacionais mais argutos dedica excelente obra à análise dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sem, no entanto, qualquer análise específica do direito ao trabalho. ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2009.

38 Entre as exceções, que confirmam a regra, além do nosso WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**, destacam-se os trabalhos de: LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**, GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho**: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006. FONSECA, Maria Hemília. **O direito ao trabalho**: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009. ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito ao trabalho**. São Paulo: Esplanada/ADCOAS, 2002. MORAES FILHO, Evaristo de. *O direito ao trabalho*. In: **Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 11-16 ago. 1974, 1974. p. 674. Importante obra coletiva recente merece ser saudada: DELGADO, Gabriela Neves (Coord.) *Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI*. 3 Volumes. São Paulo, LTr, 2020.

39 BARRETTO GHIONE, Hugo. Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento. In: **XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. FCU. Noviembre 2011.

2. RECONSTRUIR A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

O déficit de desenvolvimento da força normativa do direito ao trabalho, no que se refere à sua concretização jurídica, pode ser atribuído a dois principais prejuízos, que constituem verdadeiros obstáculos epistemológicos a serem superados para o seu desvelamento. Ambos os argumentos se apoiam em afirmações parcialmente verdadeiras. No entanto a paralisia que deles decorre é que não se justifica. O primeiro, a afirmação de que, numa sociedade de mercado, o Estado não pode garantir um posto de trabalho a todos⁴⁰, porque não seria factível nem obrigar as empresas a isso, nem o próprio Estado empregar diretamente todas as pessoas. O segundo obstáculo é o próprio esvaziamento da percepção da importância do trabalho na sociedade capitalista. Se o trabalho na modernidade é pura exploração e negação do sujeito trabalhador – e não faltam fundamentos para sustentar essa afirmação –, que “direito masoquista”⁴¹ é esse de ser explorado? O trabalho somente interessaria como meio de obtenção de outros bens, sendo desprovido de um valor próprio. Assim, uma garantia de renda que dispensasse da penitência do trabalho realizaria melhor os anseios humanos que a insistência no direito a algo que não teria em si nenhum ganho antropológico a oferecer.

Esses dois obstáculos desafiam o sentido da reivindicação do direito ao trabalho e paralisaram o seu desenvolvimento jurídico. Superá-los depende de reconstruírem-se os fundamentos do direito ao trabalho, de modo a resgatar a sua importância, vale dizer, a sua fundamentalidade material, de um lado e, de outro, a fim de explicitar e mesmo desvelar o conteúdo multidimensional desse direito que está obscurecido. Embora reconstituir esse esforço de fundamentação ultrapassaria em muito o espaço deste trabalho, cabe incorporar, aqui,

40 “[...] por la simple razón de que la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre y no viene determinada, si impulsada o fomentada en su caso, por la acción de lo poderes públicos” (PALOMEQUE LOPEZ, Manoel-Carlos. Prólogo. In: SASTRE IBARRECHE, *op. cit.*, p. 15).

41 A expressão é de KURZ, Robert. *O desfecho do masoquismo histórico* – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20/7/1997, Caderno Mais. Sobre essa perspectiva, ver, ainda, o **Manifesto contra o trabalho**, elaborado pelo GRUPO KRISIS. São Paulo, Conrad, 2003. É de se considerar que a separação do campesinato de seus meios de produção, na Grã-Bretanha dos princípios da revolução industrial, a qual gerou uma súbita ociosidade que engendrou o exército de reserva de força de trabalho, também foi celebrada, à época, como verdadeira emancipação do trabalho. BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**. Madrid: Cátedra, 2001. p. 29-30.

os resultados da pesquisa desenvolvida em outro lugar e que se apoiam em um duplo pilar teórico, que se reporta às teorias das necessidades e às teorias da luta por reconhecimento.⁴² A partir desses elementos, emerge a formulação de um desenho de nosso direito fundamental apto a resgatar a tensão entre trabalho vivo e força de trabalho subsumida ao capital, mesmo no interior das relações de trabalho existentes e no contexto normativo vigente.

Para pensarmos o que significa o caráter materialmente fundamental de um direito, uma precisão conceitual é indispensável: direitos não são fins em si mesmos. Direitos são mediações para bens⁴³ materiais e imateriais (objetos, atividades e relações). São os bens que nós obtemos por meio dos direitos e não os direitos em si, que satisfazem e transformam as nossas necessidades humanas. Isso se dá porque nós somos sujeitos corporais e necessitados. O direito, como uma produção humana, só tem sentido como é uma mediação para a realização das necessidades da pessoa humana.⁴⁴ Por isso que nós dizemos que a dignidade da pessoa humana está acima e é o critério de hierarquização de todos os demais valores e instituições.

As necessidades determinam o marco normativo de variabilidade das opções políticas válidas e conectam à realidade da vida concreta dos sujeitos o conteúdo de grande parte dos direitos fundamentais. Explicita-se: não se pretende que a teoria das necessidades resolva todos os problemas de fundamentação dos direitos humanos e fundamentais e, ainda, todos os problemas de exigibilidade jurídica daí decorrentes.⁴⁵ A satisfação das necessidades não é o fundamento último, nem único, nem suficiente dos direitos e há mesmo direitos legítimos, inclusive positivados como fundamentais, que não têm contrapartida imediata em necessidades. Mas o marco de realização das necessidades é, sim, um fundamento material, necessário ainda não suficiente, de

42 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O direito humano e fundamental ao trabalho**, capítulos 1 a 3.

43 Nesse sentido, HERRERA FLORES, **Los derechos humanos como productos culturales**, p. 92 e ss. Embora promova a inversão de prioridade entre direitos e bens, o saudoso jusfilósofo sevillano não chega a formular uma teorização explícita sobre necessidades humanas que sirvam como critério de que nem todos os bens valham igual ou sejam igualmente preferíveis, embora suas formulações induzam à necessidade de fazê-lo.

44 HINKELAMMERT, Franz; MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José: DEI, 2005.

45 No mesmo sentido, LUCAS, Javier de; AÑON ROIG, Maria José. Necessidades, razones, derechos. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante, n. 7, 1990, p. 76-77.

qualquer sistema normativo globalmente considerado. Tal fundamento se apoia em uma concepção objetiva e histórica de necessidades e com pretensão de universalidade, como condições sem as quais há dano grave e permanente à participação autônoma e crítica em uma forma coletiva de vida.

O trabalho estabelece, com as necessidades, quatro formas de relações: (i) **o trabalho é, ele mesmo uma necessidade**: o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de fazer atuar, sempre de modo intersubjetivo, sua atividade humana específica, de exteriorizar-se e transformar o mundo humanizando a natureza e a si mesmo; portanto, essa forma de ver o trabalho também significa valorá-lo como uma capacidade humana sem a qual não é possível uma vida digna;⁴⁶ (ii) o trabalho também **produz bens que satisfazem necessidades** dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; (iii) a atividade do trabalho determina o caráter histórico das necessidades: no âmbito da divisão social do trabalho, **os seres humanos atualizam e criam novas necessidades**, mudando sua importância relativa dentro dos sistemas de valores; a transformação das necessidades é a transformação do próprio homem; (iv) por fim, se o trabalhar é uma necessidade (item i), ao mesmo tempo **o trabalho, como conjunto de atividades e relações, também consiste em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfator de necessidades** de autorrealização e desenvolvimento da corporalidade, de afirmação identitária, de conquista da saúde, de aprendizado do viver junto, de construção de vínculos de solidariedade e pertencimento, de aprendizado ético e político; isto implica que tenha condições de duração, intensidade, segurança acidentária e sanitária e, especialmente, de conteúdo concreto e organização coletiva capazes de favorecer a autonomia dos trabalhadores individual e coletivamente considerados; disso depende o papel do trabalho como mediação da possibilidade de autorrealização e desenvolvimento da personalidade, de manter vínculos de cooperação, de poder participar da atividade deôntica de construção de regras técnicas e éticas, formais e informais, de trabalho, pelo fortalecimento e desenvolvimento da identidade e autoestima, mediante a oportunidade de

46 "El valor de esa capacidad para la vida digna es lo que convierte en un derecho la posibilidad de ejercerla y en un deber político poner las condiciones para que cualquier ciudadano pueda ejercerla. El lenguaje de los derechos, para tener sentido, exige el de las valoraciones y las capacidades, concretamente la valoración de ciertas capacidades como posibilidad irrenunciable en una sociedad justa" (CORTINA, Adela e CONILL, Jesus. Cambio en los valores del trabajo. **Sistema: Revista de Ciências Sociais**, n. 168-169, 2002. p. 4).

reconhecimento da contribuição singular aportada pelo trabalho realizado e pelo aprendizado privilegiado do viver junto e de participação em uma obra comum, “honrando a vida” pelo trabalho⁴⁷.

É claro que o direito ao trabalho expressa necessidades que não podem ser inteiramente realizadas nos limites da institucionalidade vigente. Isso lhe dá o caráter daquilo que Agnes Heller denominara de necessidades radicais, ou seja, necessidades cuja realização implica transcender a sociedade atual.⁴⁸ Contudo, daí não decorre que não haja espaços parciais de realização do trabalho como necessidade ainda nos limites das relações de trabalho assalariadas sob o capital. Esses espaços relativos é que possibilitam a fundamentação material de um direito ao trabalho vigente.

Vivemos em um modelo de sociedade em que o acesso a uma relação de trabalho representa, para grande parcela da população, a única ou a principal via de se alcançarem bens essenciais sem os quais não se pode falar de vida com dignidade. Mas, como se salientou, o trabalho não é só uma mediação instrumental para a obtenção de outros bens. Sobretudo, o próprio trabalho humano é um bem com valor de uso. O conteúdo da atividade de trabalho e da organização coletiva de trabalho, como um conjunto de atividades e relações, constitui um bem que realiza necessidades essenciais do humano, acima referidas. Estes dois aspectos – plataforma de acesso a bens e como diretamente satisfator de necessidades humanas – é que dão ao direito ao trabalho a sua fundamentalidade material.

É aqui neste último ponto que entra em cheio a temática do reconhecimento na perspectiva iluminada não só pela teoria social⁴⁹, mas, sobretudo, a partir das ciências clínicas do trabalho, em especial a psicodinâmica do trabalho. Para

47 Aqui, a contribuição seminal da obra de Christophe DEJOURS. **Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émancipation**. Paris: Payot, 2009. Trabalho, necessidades e reconhecimento estão indissolivelmente ligados, tanto no plano mais geral da sociedade, quanto no plano localizado da empresa.

48 HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**. Barcelona: Península, 1978. p. 87-113, resgata, a partir de Marx, como a condição do trabalho na sociedade capitalista aponta para necessidades radicais de superação dessa sociedade, justamente porque, engendrando a alienação do trabalho, nega a realização das necessidades humanas.

49 HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, jan-abr. 2008. p. 46-67. Idem, **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa, São Paulo: Editora 34, 2003. RENAULT, Emmanuel. Reconnaissance et travail. **Travailler**, n. 18, p. 119-135, 2/2007.

esta, o que mobiliza as pessoas para o trabalho, enfrentando os obstáculos e assumindo os riscos daí decorrentes, são os recursos sublimatórios que o trabalho pode propiciar como nenhuma outra atividade humana.⁵⁰ Entre esses recursos, o principal é a possibilidade de, ao fazer um trabalho bem feito, participando da realização de uma obra comum, reconhecer-se e ser reconhecido como alguém útil, que pertence a uma comunidade de trabalho e que deixa nela a marca da sua contribuição singular. Fala-se da Justiça Distributiva, da Justiça como Reconhecimento, mas é preciso também falar, antes, de uma Justiça Contributiva, como possibilidade efetiva de aportar a sua contribuição para o bem comum pelo seu trabalho.⁵¹ Isso depende do olhar do outro, na forma de julgamentos de reconhecimento material e simbólico da contribuição aportada por meio do fazer. Para que a dinâmica contribuição-reconhecimento se realize, são necessárias condições relativas à atividade e à organização do trabalho. Primeiro, que haja essa possibilidade de uma contribuição efetiva, um trabalho com sentido e com as condições materiais para tanto. Segundo, o reconhecimento somente é possível se há um **coletivo de trabalho** em que seja possível a dinâmica contribuição-reconhecimento.⁵² Essas *condições* afetadas à organização do trabalho dizem respeito à possibilidade de *cooperação* entre os trabalhadores, transparência, confiança, solidariedade, liberdade e tempo disponível, para que se desenvolva uma prática deliberativa participativa informal de construção de acordos, arranjos normativos, regras de trabalho e de convivência e arbitramento de conflitos no trabalho, de modo a viabilizar a cooperação e a retribuição simbólica da contribuição aportada ao coletivo, na forma de reconhecimento do fazer. A higidez dessas condições constitui a qualidade do ambiente de trabalho em sua dimensão organizacional, como mediação essencial para quem vive o trabalho.

Caso obliterada a dinâmica contribuição-reconhecimento, em qualquer das pontas, seja pelo impedimento a uma efetiva contribuição, seja por inviabili-

50 DEJOURS, Christophe. **Ce qu'il y a de meilleur en nous**: travailler et honorer la vie. Paris: Payot, 2021.

51 DEJOURS, C.; DERANTY, J-P.; RENAULT, E.; SMITH, n. H. **The Return of work in critical theory**: self, society, politics. New York: Columbia University Press, 2018.

52 DEJOURS, Addendum. In: LANCMAN e SNELWAR (Orgs.). **Christophe Dejours**: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/Paralelo 15, 2011. p. 85-93. *Idem*, A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos. In: LANCMAN e SNELWAR, *op. cit.*, p. 426.

zadas as condições para as práticas de reconhecimento, resta abalada a construção da identidade no campo social. O sofrimento, que é inerente a toda experiência de trabalho, não ganha sentido para o sujeito e torna-se patogênico. Suicídios e as patologias do assédio no trabalho são apenas as formas mais eloquentes dos sintomas de uma era em que o apagamento da solidariedade, o cinismo, a falta de confiança e a exacerbação da concorrência no mundo do trabalho estão na base da degradação da vivência social e das possibilidades de ação política.

De fato, as pesquisas das ciências clínicas do trabalho nos mostram que o trabalho, em sentido concreto, jamais é neutro em relação à saúde psíquica e tem um papel fundamental para a sociabilidade e o aprendizado político. A precariedade material e existencial da maior parte das experiências de trabalho atuais não nos autoriza a descartá-lo. De fato, o pior é o resultado a se esperar de grande parte das experiências existentes de trabalho. Mas ele também é um mediador privilegiado e dificilmente substituível para o melhor, em termos de desenvolvimento da personalidade, construção da identidade e conquista da saúde, da autonomia, da formação de vínculos de pertencimento e solidariedade e de aprendizado ético e político, sendo central para a realização do ego, para além da esfera erótica, no campo social.⁵³ A sua degradação não prova a sua desnecessidade, mas, ao contrário, releva a urgência do resgate das condições para que se viabilize o seu papel antropológico crucial.

Para tanto, é necessário compreender-se não só o quão importante é aquilo que aí se joga (fundamentalidade material), mas, ainda, o “como” se estabelecem concretamente essas mediações do trabalho com a subjetividade e as condições necessárias para que isso ocorra. O que, afinal de contas, é juridicamente devido em face da consagração do direito fundamental ao trabalho? A ciência jurídica não pode alcançar essa percepção, senão em diálogo sério com as demais ciências⁵⁴. Como assentado pelo STF no julgamento da ADI 4066,

53 DEJOURS, **Travail vivant**, ob. cit., *passim*.

54 Pode-se sustentar que uma dogmática jurídica pós-metafísica, por lidar com os problemas sociais vitais em nível concreto, onde a realidade se apresenta em sua inteira complexidade, tem a obrigação de alimentar os sentidos jurídicos com as questões desenvolvidas nas demais ciências, levando-as a sério, a fim de ultrapassar a mera aparência cotidiana das representações intuitivas dos fenômenos. Nada justifica o reducionismo de um saber jurídico autorreferente, que se contenta com a mera evocação mítica de conceitos fundamentais sobre a vida concreta, que constitui o seu campo de aplicação.

sobre a constitucionalidade do uso supostamente controlado do amianto, a Corte depende em muitos casos dos conhecimentos científicos acumulados pela comunidade científica. E também aqui, acerca das condições necessárias à dignidade, autorrealização e saúde no trabalho. A partir desse diálogo é que se pode afirmar o “como” o trabalho pode e deve corresponder à realização de necessidades humanas indispensáveis à vida digna⁵⁵.

Primordialmente, essa centralidade do trabalho na vida das pessoas, que se pode dizer uma centralidade antropológica do trabalho, deve corresponder uma centralidade jurídica no quadro conceitual e prático do direito, como condição e expressão da dignidade. O direito humano e fundamental ao trabalho é, então, a primeira mediação jurídica que funda o discurso do direito sobre o campo vital do trabalho, sobre os modos sociais pelos quais as pessoas aplicam e desenvolvem a suas capacidades em uma atividade produtiva com valor de uso. Em nossa compreensão, esse direito tem um caráter multidimensional, como consagra a tradição internacional e constitucional, mas cujo centro, que estava oculto, se expressa na ideia de um direito ao conteúdo do próprio trabalho, como se explicita na sequência.

3. UM DIREITO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL

Tanto direitos a bens sociais, como trabalho ou saúde, quanto direitos a bens de liberdade, como livre locomoção, por exemplo, dependem de condições fáticas de realização que implicam medidas de prestação fática e jurídica (proteção e organização) e medidas de abstenção (não obstaculizar a atuação, não violar a situação ou não afetar ou suprimir posições jurídicas existentes), que nem sempre são suscetíveis de definição precisa e se sujeitam a implementação progressiva. O ponto que aqui interessa afirmar, para o fim de definirem-se

55 Em sua célebre conferência sobre a atualidade da filosofia, de 1966, Theodor Adorno sustentava que os problemas filosóficos estavam irremediavelmente imbricados nas discussões das diversas ciências especializadas e que não lhe restava escolha senão utilizar todo o material abundante trazido nesses acirrados debates. De certa forma, pode-se sustentar que também uma dogmática jurídica pós-metafísica, por lidar com os problemas sociais vitais em nível concreto, onde a realidade se apresenta em sua inteira complexidade, tem também a obrigação de buscar a síntese das múltiplas determinações que incidem sobre a realidade concreta, alimentando os sentidos jurídicos com as questões desenvolvidas nas demais ciências, levando-as a sério, a fim de ultrapassar a mera aparência cotidiana das representações intuitivas dos fenômenos. Nada justifica o reducionismo de um saber jurídico autorreferente, que se contenta com a mera evocação mítica de conceitos fundamentais sobre a vida concreta, que constitui o seu campo de aplicação.

as potencialidades eficaciais do direito ao trabalho, está em que tanto direitos sociais quanto direitos civis, caso se queira continuar com essa nomenclatura tradicional, incluem, do ponto de vista subjetivo, direitos a prestações, que implicam medidas promotoras das suas condições fáticas de realização, direitos a abstenções e a medidas de proteção⁵⁶. Dessa forma, conforme observa Vieira de Andrade, em um mesmo direito fundamental podem-se encontrar combinados direitos a abstenções, direitos a prestações positivas, jurídicas ou materiais, direitos potestativos de interferir na esfera de outrem, os quais são dirigidos, na condição de sujeitos passivos, tanto ao legislador, à administração, ao judiciário ou a entidades privadas⁵⁷. Portanto, como ressaltam Abramovich e Courtis, a disposição de um direito entre os direitos civis e políticos ou direitos econômicos sociais e culturais tem um valor meramente classificatório, mas uma conceitualização rigorosa com base no caráter das obrigações dele decorrentes, positivas, ou negativas, apresentará gradiente contínuo, em que ora estará presente maior grau de obrigações negativas, ora maior grau de obrigações positivas⁵⁸.

Na verdade, como ressalta Peter Häberle, a compreensão de “um direito ao trabalho de múltiplas dimensões, com garantias conexas” e projeções sobre diversos outros direitos fundamentais e sobre vários ramos do direito ordinário, além do direito do trabalho, o previdenciário, tributário, administrativo etc., forma uma estrutura complexa que “relativiza a dicotomia (supostamente clássica) entre os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, na mesma medida em que o ‘trabalho’ e a ‘proteção do trabalho’ penetram nas dimensões dos direitos fundamentais”⁵⁹.

A Constituição de 1988 dotou de caráter formalmente fundamental o direito ao trabalho, ao passo que se encontram vigorosas razões para sustentar a sua

56 SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET e TIMM (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14.

57 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 188. A respeito, também SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 166-241. ABRAMOVICH, Victor; e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, p. 19-64.

58 ABRAMOVICH e COURTIS, *op. cit.*, p. 27.

59 HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México, D.F./Lima, UNAM/PUC-Peru, 2003. p. 255-256.

fundamentalidade material. Daí se extrai que também o direito ao trabalho está sujeito à aplicabilidade imediata de que trata o art. 5º, § 1º, da Constituição⁶⁰. A circunstância de que, muitas vezes, as normas relativas aos direitos sociais se expressam em termos que podem tornar difícil a tarefa de definir o quê, aqui e agora, é devido como conteúdo do direito à saúde, à educação ou ao trabalho, também é comum a qualquer outro texto normativo que, para sê-lo, precisa sempre, antes, ser interpretado, não sendo essa uma característica especial no caso dos assim chamados direitos sociais. O que essa objeção, aplicável a todos os direitos, ressalta, com razão, é que a densificação dogmática do conteúdo dos direitos constitui um dos aspectos essenciais para o desenvolvimento da sua força normativa.

Trata-se, então, de compreender que, em torno de “um” direito ao trabalho, enfeixa-se, como já sugerido nos diversos dispositivos normativos internacionais referidos no primeiro tópico, um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas)⁶¹, quanto de caráter defensivo, como direitos de proteção que veiculam os diversos aspectos de conteúdo do âmbito de proteção do direito. Da mesma forma, valorizando se a linguagem adotada pelos órgãos de controle da aplicação de normas internacionais, emanam, desse mesmo direito, obrigações ao Estado e aos particulares, de respeitar, proteger, e implementar⁶², que configuram a sua dimensão objetiva.

O direito ao trabalho é um direito multidimensional que envolve diversos aspectos de conteúdo e diferentes capacidades eficaciais. Em 2005 o CDESC, da ONU, que é o órgão responsável pelo controle da aplicação do PIDESC, elaborou a Observação Geral n. 18 que descreve, embora de modo parcial, diversas das dimensões do direito ao trabalho. Recentemente a 31ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU prestou reconhecimento ao relatório apresentado pelo Alto Comissariado sobre o direito ao trabalho, mapeando o conteúdo múltiplas dimensões normativas que complementam aquele desenho⁶³. Esse plexo

60 SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 297.

61 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 428. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 192.

62 .Cf. as Observações Gerais n. 3 e 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU. Também ABRAMOVICH e COURTIS, *op. cit.*, p. 31.

63 ONU A/HRC/31/32. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/288/31/PDF/G1528831.pdf?OpenElement>. Acesso em: 19 dez. 2022.

configura aquilo que Robert Alexy denomina de um “direito fundamental como um todo”, que reflete o conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie* adscriptas a um dispositivo de direito fundamental e relacionadas entre si⁶⁴.

Essa noção de um feixe integrado de conteúdos e de posições jurídicas parcelares constitui um elemento essencial para a efetividade do direito ao trabalho. Pode-se falar de certo grau de efetividade atual de alguns de seus aspectos parcelares. Pense-se, por exemplo, em diversos dos dispositivos decorrentes dos incisos do art. 7º da Constituição. Mas a falta de uma dogmática globalmente compreensiva do direito ao trabalho como um todo, referido no art. 6º, faz degradar-se a sua capacidade normativa própria, para além desses segmentos mais específicos expressamente positivados. Daí que, a par desse desenvolvimento segmentado do direito ao trabalho, é indispensável uma perspectiva de conjunto, para resgatar o sentido de integridade que ilumina setores ainda não desenvolvidos normativamente, mediante incidência direta, assim como contribui para melhor compreender aqueles aspectos parcelares. Bem assim, torna possível atentar-se para as relações de integração com diversos outros direitos fundamentais, como o direito à saúde ao meio ambiente equilibrado, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, direito ao lazer, direito à locomoção, direito à alimentação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Como ressalta Galtung, a segmentação dos direitos, sem uma perspectiva de integração, invalida a realização das necessidades humanas a que eles se referem, pois estas não são passíveis desse mesmo fracionamento⁶⁵.

Para melhor compreender, então, esse verdadeiro “megadireito”, sem perder-se de vista tanto o aspecto de integração quanto ao aspecto de especificação, três diferentes perspectivas analíticas, poderiam ser encetadas, mas que, aqui, por razões de espaço, só podem ser referidas. Do ponto de vista estrutural, caberia diferenciar as dimensões objetiva e subjetiva do direito ao trabalho, o que envolve o tema dos sujeitos passivos vinculados⁶⁶. Do ponto de vista dos seus titulares, pode-se distinguir uma dimensão individual de uma coletiva do

64 ALEXY, *ob. cit.*, p. 240-245. Também adotando essa mesma denominação e apontando para o direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas que se abre estruturalmente em uma dimensão objetiva e subjetiva, GOMES, *op. cit.*, p. 89-95.

65 GALTUNG, Johan. **Direitos humanos: uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 154-155.

66 Ver, a respeito, WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, p. 239-247

direito ao trabalho, da qual podem ser destacadas a função limitadora e integradora do direito ao trabalho sobre o princípio de pleno emprego, a contenção e procedimentalização das dispensas coletivas e o direito a uma organização saudável do trabalho⁶⁷. Já do ponto de vista do âmbito de conteúdo do direito ao trabalho, cumpre diferenciá-lo, desde logo, de outras figuras jurídicas afins, como o dever de trabalhar, a liberdade de profissão e o direito a trabalhar, que, embora muitas vezes amalgamadas nos textos legislativos, mantendo pontos de contato com o direito ao trabalho, constituem conceitos jurídicos distintos ou parcelares, ou mesmo manifestações rudimentares ao longo do seu desenvolvimento histórico, não se reduzindo, o direito ao trabalho, a qualquer delas. Essencialmente, o “direito de trabalhar” consiste em uma degradação do direito ao trabalho, correspondendo ao direito de competir no mercado de trabalho⁶⁸.

Diversos aspectos de âmbito normativo estão vinculados ao direito ao trabalho, como os seguintes, que podem ser referidos sem pretensão de exaurimento: a) o pleno emprego qualitativo e seus requisitos; b) os serviços de acessibilidade ao emprego e de formação e capacitação profissional; c) a acessibilidade igualitária às oportunidades de trabalho; d) a liberdade de trabalho e exercício profissional; e) a proteção da infância e adolescência frente ao trabalho; f) proteção contra o desemprego e acesso à seguridade social; g) a promoção e proteção ao padrão jurídico de trabalho decente; h) o direito à autorrealização e ao conteúdo do próprio trabalho; i) proteção em face da despedida ou privação injusta de trabalho; j) o reconhecimento e proteção jurídica das formas não assalariadas de trabalho; l) condições de saúde e segurança no trabalho e do ambiente de trabalho, incluído o aspecto organizacional; m) salário decente e participação dos resultados da riqueza produzida; n) tutela da profissionalidade e desenvolvimento profissional; o) liberdade de organização sindical e de negociação coletiva, inclusive mediante greve.

Contudo, nos limites deste espaço, opta-se por explorar um pouco o esboço das diferentes posições jurídicas que podem ser adscriptas ao nosso direito fundamental. A imagem desse desenho poderia ser visualizada na forma de um cone submerso, com três estágios, cada qual com um grau maior de amplitude e menor visibilidade: (i) o direito ao trabalho no âmbito das relações de trabalho

67 Sobre os conteúdos coletivos do direito trabalho, ver: *Idem*, p. 258-288.

68 *Idem*, p. 247-258.

assalariadas; (ii) o direito ao trabalho nas formas não assalariadas de trabalho; (iii) o direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental.

Em todas essas dimensões, o centro de sentido do direito ao trabalho está na compreensão de que aquele que trabalha tem, no trabalho, uma mediação essencial para realização das necessidades e uma vida digna. Por isso, o **trabalhar**, mesmo nas relações assalariadas, assim como nas formas não assalariadas de trabalho, não é só o desincumbir-se, pelo trabalhador, da obrigação assumida pelo contrato com aquele que contratou seu trabalho. Mas é, ao mesmo tempo, nesse mesmo ato, o exercício de um direito fundamental cuja realização depende de condições que concernem ao conteúdo da atividade e da organização do trabalho, contrarrestando, juridicamente, o direito do empregador sobre essa mesma atividade e organização.

4. O DIREITO AO TRABALHO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ASSALARIADAS

Das várias dimensões de conteúdo consagradas na doutrina e na jurisprudência nacionais e internacionais como integrantes do âmbito de proteção do direito ao trabalho no âmbito das relações assalariadas, destacaremos a seguir apenas algumas das mais relevantes⁶⁹.

Normalmente, o direito ao trabalho é visto mais como um direito à relação contratual de compra e venda da força de trabalho, na qual o trabalho ocorre, que, propriamente, um direito ao trabalho em si. Este, na sua tríade relacional subjetividade – relação consigo – objetividade – relação com os instrumentos e o mundo – e intersubjetividade – relação com o outro, que é a estrutura essencial do trabalhar, parece ter sido excluído do objeto desse direito fundamental que leva o seu nome. Ora, fato de que o papel central do trabalho para a subjetividade e para a coletividade não pode ser substituído por benefícios de seguridade social⁷⁰ aponta que o próprio trabalho é um mediador privilegiado da autorrealização humana.

O que se pode chamar de um direito ao trabalho digno não pode se reduzir a um posto de trabalho em que se assegurem mínimos de subsistência e se

69 Para uma ampliação do exame das dimensões parcelares do direito ao trabalho no âmbito das relações assalariadas, ver WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, p. 258-332.

70 COLLINS, Hugh. Is There a Human Right to Work? In: MANTOUVALOU, Virginia (Ed.). **The right to work: legal and philosophical perspectives**. Oxford: Hart, 2015. p. 37.

evitem as formas mais graves de degradação⁷¹. Mesmo a associação de direitos prestacionais que aprimorem as condições de compra e venda da força de trabalho é incapaz, sozinha, de afastar a lógica de mercantilização do trabalho vivo. Muito além disso, aquele que trabalha tem um direito ao conteúdo do próprio trabalho em sentido concreto, o que **implica condições positivas e negativas da atividade, da organização e do ambiente de trabalho necessárias a que o trabalho possa gerar o melhor, em vez de gerar o pior**. Uma dimensão fundamental da existência humana, cuja negligência denuncia qualquer sistema jurídico.

Por isso, considera-se que o aspecto chave da compreensão do conteúdo do direito ao trabalho consiste justamente no direito ao conteúdo do próprio trabalho.

4.1. O direito ao conteúdo do próprio trabalho

Aqui surge, então, a primeira clareira que nos permite iluminar a compreensão do direito ao trabalho, desvelando o seu conteúdo exigível. Nós acostumamos a pensar que aquele que trabalha tem interesse apenas nas condições econômicas que o trabalho propicia. Quando muito, nós reconhecemos que o trabalho não deve ferir a pessoa física ou moralmente. Mas nós naturalizamos a ideia de que quem trabalha não tem interesse no próprio trabalho. Recebendo a contraprestação, na forma de salário e os demais benefícios e não sendo danificado pelo trabalho, o ato de trabalhar em si e a organização do trabalho interessam apenas ao empregador. É isso que consagra a noção de alteridade, ou de alienidade do proveito abrigada pelo direito do trabalho. Quem trabalha, trabalha para o outro, não para si mesmo. Diz Pontes de Miranda: “a alienidade

71 Essa visão, em certo sentido minimalista de “trabalho digno”, substituído pelo “trabalho decente”, encontra-se expressada no § 7º da Observação Geral 18 do CDESCs da ONU, uma vez que o conteúdo do trabalho digno, é visto apenas em termos de limites negativos de respeito à integridade física e mental e não do ponto de vista do interesse subjetivo positivo do trabalhador quanto ao conteúdo do seu trabalho, aspetos que, por sua vez, estão presentes na Convenção 122 da OIT: “7. *El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un trabajo digno. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo.*”

do proveito ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que A faz para si mesmo"⁷².

Com isso, nós apagamos o fato de que aquele que trabalha não só está se desincumbindo de uma obrigação de prestação que interessa ao empregador, mas, nesse mesmo ato de trabalho, no desempenhar a sua atividade que se insere na organização do trabalho, o trabalhador também está exercendo um direito fundamental. Tudo aquilo de essencial para a pessoa humana, individual e coletivamente considerada, que é relativo ao mundo do trabalho, depende das condições que se verificarem na atividade e no ambiente, notadamente no ambiente organizacional de trabalho. A precarização do trabalho assalariado, aprofundada sob o influxo neoliberal, não atinge apenas as condições de compra e venda da força de trabalho, mas as próprias condições existenciais: é a precarização do próprio ser genérico humano.⁷³ Daí que o direito ao conteúdo do próprio trabalho, juridicamente falando, contra-arresta, relativiza, o direito do empregador sobre a atividade e a organização do trabalho. Não se trata de anular o direito do empregador de organizar a produção, mas de resgatar a tensão que aí se estabelece entre os direitos de propriedade e de livre-iniciativa com o direito ao trabalho e os demais direitos a ele conexos. Quem trabalha não só trabalha para outrem, mas também trabalha para si mesmo, consigo mesmo e com outrem. Daí que se sustenta que o direito ao trabalho inclui, como sua dimensão central, que afeta a compreensão de todas as demais, o direito ao conteúdo do próprio trabalho: às condições da atividade e da organização do trabalho.

Essa percepção é radical, uma verdadeira Revolução Copernicana do Direito do Trabalho, para tomar de empréstimo a célebre expressão aplicada por Luiz Edson Fachin ao direito civil. Isso porque obriga juridicamente a abrir se o espaço da empresa, da organização do trabalho, dos métodos de gestão e da atividade individual e coletiva de trabalho, até então reservado ao arbítrio e à soberania absoluta do empregador. Se a atividade de trabalho e a organização de trabalho, onde as pessoas que trabalham passam a maior parte do seu tempo de vigília e de onde levam conflitos, tensões, memórias, sucessos e frustrações, realizam, a par do interesse do empregador, também necessida-

72 *Apud* CHAVES JUNIOR, José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. *In*: DELGADO, Gabriela *et al.* (Orgs.). **Dignidade humana e inclusão social**. São Paulo: LTr, 2010. p. 130.

73 ALVES, Giovanni. **Dimensões da precarização do trabalho**. Bauru: Praxis, 2013. p. 86.

des fundamentais, estas precisam ser protegidas pelo direito fundamental ao trabalho, nesta parcela de seu âmbito de proteção que engloba a atividade e a organização. Perceber isto implica recuperar se o espaço da organização do trabalho como espaço de cidadania.

Esse direito ao conteúdo do próprio trabalho é muito mais amplo e profundo que o direito à ocupação efetiva, consagrado no art. 4.2, a, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, no sentido de dar trabalho e permitir sua execução normal.⁷⁴ Trata-se de uma ocupação qualificada, de modo que o trabalho seja capaz de permitir o desenvolver das capacidades e dons humanos (art. 1º da Convenção n. 122 da OIT) ou melhor ainda, que permita aos indivíduos “desenvolver e atualizar as capacidades e habilidades que os habilitem a empregá-las produtivamente para a sua autorrealização e para o bem comum”, na precisa dicção da ILO *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization/2008*, ratificando o que já constava do artigo III(b) da Declaração de Filadélfia.⁷⁵ Isto depende não só do conteúdo da atividade, individual e coletivamente considerada, mas também e sobretudo das condições da organização do trabalho necessárias a cooperação, a reconhecer-se e ser reconhecido pela contribuição dada pelo trabalho bem feito, envolvendo ainda condições de diálogo e participação na atividade deontica de produção de regras formais e informais de trabalho⁷⁶. São estas “condições que caracterizam “uma ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana” (art. 6º do PIDESC).

74 Para uma perspectiva restrita do direito à ocupação efetiva, ver GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid: Civitas, 1993. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 183-192. MONEREO PEREZ e MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 328-329. Reconhecendo, na literatura nacional, a obrigação patronal de “dar trabalho ao empregado e a de possibilitar a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso” ver SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 256.

75 É relevante que estas referências se encaixem precisamente nas três formas de sublimação que o trabalho oferece à emancipação da subjetividade: novos registros de sensibilidade, reconhecimento e “honrar a vida” pelo trabalho. DEJOURS, Christophe. Sublimação entre sofrimento e prazer no trabalho. **Revista Portuguesa de Psicanálise**, v. 33, n. 2, p. 9-28, 2013.

76 Nesse sentido, a excelente fundamentação de Collins (2015), que propõe centrar o fundamento do direito ao trabalho na possibilidade de autorrealização humana, padece de uma compreensão um tanto empobrecida da organização do trabalho e dos recursos dela dependentes para o reconhecimento e a autorrealização, especialmente no que se refere às condições de confiança, diálogo, participação deliberativa, reconhecimento simbólico e conteúdo moral, tão estudadas pela Psicodinâmica do Trabalho.

Em boa hora, o estudo do Alto Comissariado em Direitos Humanos da ONU apresentado à 31ª sessão do CDH⁷⁷ veio a reconhecer que o direito ao trabalho envolve condições justas e favoráveis de trabalho, inclusive da atividade e da organização, entre elas as que dizem respeito à possibilidade de autorrealização e de conteúdo do trabalho, capazes de fortalecer a autoestima, a saúde e o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

O direito ao Trabalho inclui exigências básicas de conteúdo qualitativo da atividade, que não pode ser desprovida de sentido, excessivamente repetitiva ou exaustiva. Condições do ambiente de trabalho que favoreçam a autorrealização incluem respeito às liberdades políticas e econômicas dos indivíduos; a possibilidade de cooperação e diálogo entre trabalhadores e com a hierarquia da organização; reconhecimento da contribuição dos trabalhadores; perspectivas de carreira e desenvolvimento profissional; a promoção da saúde física e mental do trabalhador; respeito à individualidade e moralidade; a ausência de discriminação e de assédio moral e sexual; e o respeito. É dever do Estado implementar e proteger este direito e impor aos empregadores o dever de respeitá-lo.⁷⁸

Contudo, nas últimas décadas, a aparente melhora nas condições de higiene e segurança se fez acompanhar pela degradação justamente das condições organizacionais. Conforme demonstram os estudos das ciências clínicas do trabalho, há diversos métodos gerenciais altamente em voga nos dias atuais que degradam o trabalho como exercício de um direito fundamental. Mecanismos como avaliação individualizada de desempenho, ferramentas de padrões objetivos de qualidade total e fragmentação dos coletivos de trabalho, aí incluída a terceirização, bem como o recente processo de repadronização dos modos operatórios a partir dos dispositivos eletrônicos de controle do trabalho são métodos gerenciais muitas vezes vistos como inocentes ou mesmo “modernos”.

77 ONU A/HRC/31/32 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/288/28/PDF/G1528828.pdf?OpenElement>

78 Trad. livre: “*The right to work includes basic requirements of qualitative content of the activity, which should not be meaningless or excessively repetitive or exhausting. Workplace conditions⁸² that enhance self-realization include respect for the fundamental political and economic freedoms of the individual; the possibility of cooperation and dialogue between workers and with the organization’s management; recognition of the worker’s contribution; career prospects and professional development;⁸³ the promotion of the physical and mental health of the worker; respect for individuality and morality; the absence of discrimination and sexual and moral harassment; and respect. It is the duty of the State to implement and protect this right and to enforce the duty of employers to respect it.*” Considera-se que a versão oficial espanhola perdeu alguns aspectos relevantes.

No entanto, cortam o vínculo com o trabalho bem feito, ao centrarem a avaliação do trabalho apenas na performance em termos de resultados objetivos mensuráveis. Eliminam as condições para o reconhecimento pelos pares do trabalho realizado e desmontam os mecanismos coletivos de construção de regras técnicas e éticas do ofício, ao promoverem a competição entre colegas, setores, filiais, inviabilizando a confiança e o livre diálogo. Degradam o tecido social e a solidariedade no interior da organização ao inviabilizarem a construção de um sentido de pertencimento, ao criarem estamentos subalternos de trabalhadores, cortando a perspectiva de fazer parte da obra comum. Limitam o desenvolvimento da inteligência corporal no trabalho. Reside, nesses aspectos, boa parte de tudo aquilo que pode ser considerado fundamental para a pessoa humana no trabalho – a centralidade antropológica do trabalho – e que deve corresponder ao reconhecimento de seu caráter fundamental para a dignidade humana – a sua centralidade jurídica. Compreender os elos dessa centralidade implica rever-se a própria compreensão do direito do trabalho como um todo, para que alcance, além da regulação das condições de compra e venda da força de trabalho, as condições existenciais no trabalho. O trabalho em si – atividade e organização – deve vir compor o centro do direito do trabalho.

A partir daí, cabe desenvolver limites negativos e conteúdos obrigatórios, extraídos dos elementos de fundamentação coligidos e das normas a eles referidos. É importante compreender que esses critérios relativos ao direito conteúdo do próprio trabalho não esgotam as exigências advindas de outros direitos e deveres juridicamente reconhecidos. Há inúmeros outros aspectos que correspondem ao âmbito de proteção dos direitos à saúde, ao meio ambiente do trabalho, à redução dos riscos a ele inerentes, aos direitos de personalidade, ao direito de não discriminação, aos demais direitos fundamentais do trabalho e direitos previstos na legislação ordinária, e também aos outros setores do direito ao trabalho que não se inserem nessa expressão específica do direito ao conteúdo do próprio trabalho. Eles estão fortemente interconectados, mas não se exaurem aí. Neste, inserem-se deveres positivos e negativos da atividade e da organização do trabalho que poderiam ser assim distribuídos:

a) Conteúdos proibidos – limites negativos

- Vedação de um conteúdo do trabalho com esvaziamento significativo, seja por ausência de tarefas, de utilidade das tarefas ou de total falta de controle sobre a própria atividade.

- Limites quanto à invariabilidade excessiva, ou excesso de fragmentação, sobrecarga, intensidade ou extensão excessiva da jornada; incluem-se os métodos de remuneração que induzam à autointensificação.
- Limites aos métodos de gestão e organização do trabalho que bloqueiem a cooperação entre os trabalhadores (vertical e horizontal) e com usuários e clientes (transversal), os processos de deliberação coletiva, assim como métodos que inviabilizem a dinâmica contribuição reconhecimento, inclusive por promoverem a disputa competitiva no lugar da cooperação e por suprimirem as condições de confiança e de diálogo (fala e escuta com tempo e liberdade adequados).
- Vedação de desenho organizacional que não permita a adequação das condições e limites à singularidade de cada trabalhador e ao contexto de trabalho.

b) Conteúdos obrigatórios

- Mecanismos, espaços e tempos, assim como condições de transparência, confiança e liberdade de fala e escuta, para que haja cooperação e participação deliberativa na atividade deôntica formal e informal de regulação do trabalho.
- Conteúdo da atividade individual e coletiva que permita o desenvolvimento das capacidades humanas e a contribuição para o bem comum.
- Mecanismos adequados de reconhecimento material e simbólico da contribuição singular do trabalho.
- Certo grau adequado de autonomia e flexibilidade dos procedimentos laborativos e modos operatórios;
- Conteúdo significativo e moral da atividade a realizar e das práticas organizacionais;
- Conhecimento do conteúdo do próprio trabalho individual e coletivo;
- Perspectivas de carreira e desenvolvimento profissional;
- Condições de continuidade e integração social e psicoafetiva em condições igualitárias com o coletivo de trabalho.

Esses elementos somente aparecem como mediações essenciais para as necessidades das pessoas a partir da compreensão da própria função psíquica, moral e política do trabalho e dos mecanismos que são necessários para essa

função. É certo que cada aspecto acima mencionado demandaria inúmeros esclarecimentos que aqui não se terá condições de desenvolver, tratando-se mais de descortinar uma primeira percepção desse aspecto central. Abre-se aí todo um campo para novas pesquisas e trabalho jurídico em cooperação. Mas a sua simples visualização já permite projetar amplo espectro de efetividade possível do direito ao trabalho que se encontrava obscurecido, embora para esse ponto já apontassem diversos dispositivos normativos relativos ao direito ao trabalho, mas que precisavam ser compreendidos a partir de um esforço de fundamentação mais amplo.

4.2. Direito ao trabalho e pleno emprego

É evidente que o direito ao trabalho não se destina só a quem tem um trabalho, mas também a toda a coletividade de pessoas que vivem do próprio trabalho, ainda que não tenham um trabalho atual ou não o estejam buscando. Daí a relevância dessa outra dimensão do direito ao trabalho que diz respeito às políticas de pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/1988). O nível de emprego afeta diretamente as possibilidades fáticas de exercício de todas as dimensões do direito ao trabalho, não só de obtenção do sustento, mas de alguma autor-realização no trabalho com dignidade⁷⁹.

Não há um direito subjetivo a determinada política pública de pleno emprego⁸⁰. Mas, diante do direito ao trabalho, pode-se afirmar que há um direito a que haja políticas públicas de pleno emprego, escolhidas pelo sistema político, mas também a que tais políticas atendam a determinados limites e conteúdos necessários, ficando sujeitas ao controle jurisdicional negativo. Isto porque nem toda política de pleno emprego é constitucionalmente adequada. No dizer do CEDESC/ONU, em seu Comentário Geral 18, o PIDESC, também vigente no âmbito interno brasileiro como estatura normativa no mínimo supralegal, acarreta o dever positivo e imediato dos Estados de promover políticas visando a alcançar

79 A melhora dos indicadores do mercado de trabalho brasileiro na década de 2005-2014 impôs a necessidade de revisão de patamares muito baixos que somente eram aceitos pelos trabalhadores por uma desmesurada pressão decorrente da ameaça do desemprego. Um dos efeitos foi o aumento da rotatividade por iniciativa dos trabalhadores insatisfeitos. No período subsequente, 2015-2021, essas condições voltaram a se degradar profundamente.

80 CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 34-36. SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 316.

o pleno emprego, ainda que com resultados progressivos, mas usando o máximo possível dos recursos disponíveis. Implica, ainda, o direito de beneficiar-se de um sistema de proteção que garanta o acesso igualitário e livre ao emprego em condições justas e favoráveis e de não ser dele privado injustamente⁸¹.

A oposição entre a busca do pleno emprego decorrente do direito ao trabalho e proteção do trabalho é falsa. Ela se baseia na suposição neoliberal de que precarizar geraria empregos, suposição esta jamais demonstrada e, ao réves, muitas vezes infirmada⁸². No dizer do Alto Comissariado em Direitos Humanos da ONU, em estudo sobre a efetividade do direito ao trabalho, consigna-se que:

17. Although international law does not prescribe any particular economic model, policies towards full and productive employment should meet the qualitative requirements of just and favourable conditions¹⁴ or conditions safeguarding fundamental political and economic freedoms to the individual so that individuals can develop and update the necessary capacities and skills they need to enable them to be productively occupied for their personal fulfilment and the common well-being.

18. Consequently, policies that result in the proliferation of precarious jobs would not be in line with the right to work. The mere reduction of unemployment does not always fulfil the right to work, as policies need to meet qualitative requirements in relation to just and favourable conditions and content of work. The Committee on Economic, Social

81 UN Doc E/C.12/GC/18, para. 4 e 6.

82 A OIT publicou em 2009 um volume especial da sua **Revista Internacional del Trabajo**, na qual se faz balanço geral de todas as políticas flexibilizadoras das relações de trabalho de corte neoliberal adotadas na América Latina nos anos 1980 e 1990, com estudos específicos sobre os casos do Brasil, Argentina, México, Bolívia e Chile. Em todos esses casos, as políticas de flexibilização da regulação estatal somente resultaram em degradação das condições de vida e piora dos indicadores do mercado de trabalho, aumento da desigualdade e redução da proteção social, sem que houvesse a geração de emprego. Desde o fracasso dessas políticas nesses países se iniciou, no Brasil a partir de 2003, na Argentina em 2002, na Bolívia em 2006, no Chile desde 2008, uma mudança na tônica das políticas de regulação do mercado de trabalho, com um viés de fortalecimento da regulação pública, muito embora, como no caso brasileiro, tenha havido contraditoriamente a adoção de algumas medidas flexibilizadoras, como é o caso da redução das garantias aos créditos trabalhistas na recuperação judicial ou das leis de trabalho intelectual e de transporte de carga, que induzem a contratações fraudulentas. Mas, de modo geral, houve no Brasil, no decênio de 2004-2013, uma significativa redução do trabalho sem registro, aumento do salário mínimo em mais de 50% em termos reais, aumento do emprego com melhora qualitativa da ocupação, redução significativa do desemprego, aumento da participação do trabalho na renda, melhora dos indicadores de desigualdade, sem o recurso a medidas flexibilizadoras, ao contrário, com ampliação da regulação pública do trabalho (ressalvadas algumas medidas contraditórias). KREIN, José Dari; SANTOS, Anselmo Luis dos; NUNES, Bartira Tardelli. **Trabalho no Governo Lula: avanços e contradições**. Texto para discussão. Campinas, IE/ UNICAMP, n. 201, fev. 2012. *Vide*, especialmente, o grande levantamento internacional realizado pela OIT, constatando a ausência de correlação entre nível de rigidez da regulação e nível de emprego, OIT, *World Employment and Social Outlook 2015: the changing nature of jobs* (Geneva, 2015) p. 118, 129.

and Cultural Rights has stressed that the State should ensure that measures aimed at increasing the flexibility of the market do not undermine workers' rights. Human rights norms proscribe the adoption of retrogressive measures on labour protection under the guise of creating jobs, the effectiveness of which has been persuasively discredited by recent ILO studies.

O direito ao trabalho fornece limites jurídicos às alternativas econômicas de busca do pleno emprego. Alguns requisitos das políticas de pleno emprego podem ser desenvolvidos a partir do direito ao trabalho, evidenciando que ambos estão em integração e não em oposição:

a) Um objetivo de pleno emprego compreendido apenas do ponto de vista numérico, acarretando a degradação e precarização das condições de trabalho existentes, não se conforma ao plexo constitucional de valorização da dignidade no trabalho associados ao objetivo de busca do pleno emprego⁸³. Pleno emprego é um conceito qualitativo e não apenas quantitativo. Aqui, o direito ao trabalho enche de sentido o princípio da busca do pleno emprego.

b) Reafirmação da necessidade de regulação pública do trabalho. Não são conformes à Constituição as propostas que pretendem promover o emprego mediante o revigoramento da regulação perversa das forças econômicas no âmbito das relações de trabalho, travestidas sob a roupagem de “flexibilização”, promovendo a supressão de garantias normativas de cidadania dos trabalhadores. Tais propostas fazem desse intuito precarizante o mote de promoção do pleno emprego, sob o suposto jamais comprovado de que o melhor que o sistema pode atingir é o equilíbrio econômico a que tende quando as forças produtivas são deixadas ao seu livre curso. Nessas perspectivas teóricas, a promoção do direito ao trabalho decorreria justamente da sua violação, pois, em sua suposição fundacional, é somente permitindo a “liberdade” de enfrentamento entre oferta e demanda que se alcança o máximo possível de pleno emprego, subordinando inteiramente a realização do direito ao trabalho à realização dos interesses do capital⁸⁴. Contudo, a Constituição em nenhum momento chancela ou “positiva” aquele suposto teórico – jamais demonstrado – que, ademais, engendra a total desvalorização do trabalho, na contramão das dire-

83 Nesse sentido, o art. 6º do PIDESC e o 1º da Convenção 122 da OIT.

84 Assim, por exemplo, MARTÍN VALVERDE, Antonio. Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar en la Constitución española. In: VVAA. **Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980. p. 201-203.

trizes constitucionais. Consiste, pois, verdadeira corrupção do código jurídico a sua transposição para o nível normativo sem a chancela dos instrumentos de positividade próprios ao estado democrático de direito⁸⁵.

c) As políticas de emprego deverão, simultaneamente, promover condições de proteção ao trabalho tanto na forma de trabalho assalariado, como nas formas não assalariadas de trabalhar. Contudo, como expressão do caráter qualitativo do pleno emprego, tais medidas não poderão significar o esvaziamento gradativo do *standard* jurídico do emprego juridicamente protegido, que corresponde ao mais elevado – para o bem e para o mal – nível de proteção do trabalho a que a sociedade capitalista brasileira logrou alcançar.

Com efeito, nos termos do art. 2º, I, do PIDESC, e do art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica, e do art. 1º do Protocolo de San Salvador, uma obrigação de progressividade na aplicação dos direitos sociais, inclusive o direito ao trabalho⁸⁶, de modo que o retrocesso na realização das condições justas e favoráveis de trabalho, pela precarização, implica em violação desses tratados ratificados pelo Brasil. Em seu trabalho de controle da aplicação do PIDESC, o CDESC já enunciou diversas vezes que caracteriza violação dos arts. 6º e 7º do PIDESC, assim como dos arts. 6 e 7 do Protocolo de San Salvador, a pretensão de gerar emprego mediante a precarização dos postos de trabalho existentes.⁸⁷

Nesse sentido, há fundadas razões para se questionar a constitucionalidade do modelo de regulação das relações de trabalho plasmado na chamada Reforma Trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017, ao promover inúmeras alterações regressivas e uma tônica geral de precarização das relações de trabalho, sob o improvável pretexto de promoção do emprego, colidindo, assim,

85 O questionamento das teorias econômicas de promoção do emprego, tanto de corte neoclássico, quanto de corte nekeynesiano, com vistas a suspender a possibilidade de uma mera transposição dessas teorias para o plano jurídico, foi feito pelo autor em WANDELLI, Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos. In: MACHADO, Sidnei e GUNTHER, Luís Eduardo (org.). **Reforma trabalhista e sindical** – o direito do trabalho em perspectivas. Estudos em homenagem a Edésio Franco Passos. São Paulo: LTr, 2005. p. 57-91.

86 Vide, supra, quanto à aplicação do art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica ao direito ao trabalho, de acordo com o entendimento da Corte IDH a partir do caso Lagos Del Campo vs. Peru, de 2017.

87 Vide, p. ex., as observações conclusivas sobre os estados da Bolívia (E/C.12/BOL/CO/2), Etiópia (E/C.12/ETH/CO/1-3), recomendando a adoção de medidas concretas e sustentadas para combater a precarização dos empregos. No caso da Espanha, o Comitê orientou a evitar qualquer passo atrás na proteção dos direitos trabalhistas (E/C.12/ESP/CO/5). Foi igualmente recomendado à República Checa, considerando que as medidas adotadas durante a crise afetaram o mercado de Trabalho e o usufruto do Direito ao Trabalho (E/C.12/CZE/CO/2).

com o direito ao trabalho e pleno emprego qualitativo. Um modelo de geração de emprego baseado na proliferação de trabalho precário, como são o trabalho intermitente, trabalho plataformizado sem reconhecimento do vínculo empregatício, falsas formas de trabalho pejetizado, entre outras, é um modelo inconstitucional por violar a normatividade decorrente da intersecção entre o direito ao trabalho e o princípio do pleno emprego.

4.3. Direito ao padrão de trabalho juridicamente protegido

Trata-se, aqui, de um setor do direito ao trabalho que se desenvolve sobretudo em termos de deveres objetivos do Estado e de particulares, embora daí também se derivem posições jurídicas subjetivas. É aquele que diz respeito a um conjunto de direitos e deveres de proteção atribuídos ao trabalho assalariado e que, atualmente, se define como o padrão jurídico do emprego. Não se trata, aqui, de padrões mínimos, mas do padrão de cidadania, de participação coletiva em condições de igualdade entre todos os cidadãos e que se assegura ao trabalho. Já se reiterou a importância desse padrão no contexto das relações de trabalho capitalistas e de sua função ambivalente. A Constituição, nos arts. 6º a 12, além dos demais dispositivos relativos ao trabalho, dispersos no texto constitucional, estabelece todo um plexo de direitos fundamentais que, embora possam ser, *prima facie*, aplicáveis a todos os trabalhadores, configuram o padrão de identidade constitucional de proteção ao regime de emprego. Ainda que se entenda que esse padrão não exaure o campo de atuação do direito ao trabalho, ele é indispensável na atual quadra histórica, como padrão de proteção definido constitucionalmente.

Daí decorrem dois aspectos essenciais. De um lado, um direito geral a que haja um tal padrão de proteção, acarretando ao Estado obrigações de estabelecimento de uma legislação de *proteção* e de mecanismos institucionais que a garantam, bem como de *aplicação*, em especial nas modalidades de proporcionar políticas de proteção ao assalariamento e de *promover* a valorização do estatuto de trabalho protegido por meio de programas comunicacionais⁸⁸. De outro lado, uma obrigação, de parte do Estado e dos particulares, de *respeito*, que impõe não o violarem, inclusive mediante as leis definidoras do suposto

88 CDESC, **Observação Geral 18**, §§ 23 a 28.

fático de incidência desse padrão, assim como mediante práticas jurídicas concretas de fraude ao regime legal de proteção.

Este último é o aspecto ressaltado no § 10 da Observação Geral n. 18 do CDESCs da ONU:

10. La alta tasa de desempleo y la falta de seguridad en el empleo son causas que llevan a los trabajadores a buscar empleo en el sector no estructurado de La economía. Los EstadosPartes deben adoptar las medidas necesarias, tanto legislativas como de otro tipo, para reducir en la mayor medida posible el número de trabajadores en la economía sumergida, trabajadores que, a resultas de esa situación, carecen de protección. Estas medidas obligarán a los empleadores a respetar la legislación laboral y a declarar a sus empleados, permitiendo así a estos últimos disfrutar de todos los derechos de los trabajadores, en particular los consagrados en los arts. 6º, 7º y 8º del Pacto.

O dever de proteção relacionado ao direito ao trabalho impõe ao Estado a obrigação de coibir quaisquer práticas empresariais potencialmente fraudadoras da incidência desse plexo jurídico de proteção ao emprego. Aí também se expressa a eficácia irradiante do direito ao trabalho, bem como a obrigação de progressividade em sua implementação, no sentido de impor interpretações restritivas à validade de práticas tendentes a afastar a incidência da legislação do trabalho. Assim, por exemplo, o c. TST reconheceu inválida a contratação de detentos em percentual superior a 10% do número de empregados da tomadora, previsto pela Lei n. 7.210/1984 apenas para o trabalho externo, em caso de trabalho interno no presídio, por violar o direito ao trabalho e o pleno emprego⁸⁹.

Mas também se situam neste setor do direito ao trabalho limitações ao próprio Poder Legislativo, uma vez que este não está livre para dispor do suposto fático de inclusão no regime protegido de emprego. Sendo a definição jurídica de emprego, decorrente dos dispositivos dos arts. 2º e 3º da CLT, o conceito pressuposto para a incidência de diversos dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, ou seja, o principal mecanismo de acesso à plataforma fundamental de reconhecimento e pertencimento societário e de acesso a bens realizadores de necessidades básicas, não pode o legislador excluir arbitrariamente parcelas de trabalhadores desse conceito, alijandoos de grande parte daqueles direitos.

89 TST. **Proc. RR-41600-72.2009.5.15.0024**, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 13/4/2018.

No direito comparado, o TC da Espanha, na STC 227/1998 entendeu que, embora a definição de trabalho por conta alheia não esteja presente na Constituição:

[...] eso no significa que el legislador tenga libertad plena para declarar no laboral una prestación de servicios determinada, sino que esta acción que debe llevar a cabo el legislador está vinculada por las notas caracterizadoras de la relación laboral y la comparación con las categorías o supuestos incluidos y excluidos de la tutela que presta el ordenamiento jurídicolaboral. Una vez que el legislador incorpora determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el derecho laboral – como los contenidos en el art. 1.1 ET – y, partiendo de aquellos, ha acotado las relaciones contractuales que van a ser reguladas conforme a las finalidades y principios de tal ordenamiento, “no puede excluir del ámbito así configurado y de los derechos de él derivados a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad.”⁹⁰

Nessa perspectiva, a definição jurídica de emprego, embora tenha como referência dispositivos infraconstitucionais (arts. 2º e 3º da CLT), tem caráter materialmente jusfundamental ou, pelo menos, materialmente constitucional, na medida em que são uma decorrência do próprio direito ao trabalho e do plexo de normas constitucionais que consagram o regime constitucional de proteção do trabalho. A expulsão arbitrária, irrazoável ou discriminatória de determinada relação de trabalho do âmbito de regulação do direito do trabalho pelo legislador implica uma violação do direito ao trabalho.⁹¹

É sob este aspecto que se deve considerar, v.g., a necessidade de reconhecer potencial inconstitucionalidade dos arts. 4º e 5º da Lei n. 11.442/2007, naquilo em que tais dispositivos induzem a se tomar a figura do transportador autônomo de cargas agregado, quando prestado com personalidade, como “sempre de natureza comercial”. Ora, em muitos dos supostos de fato em que se dá tal situação, quando não se rompe com a personalidade mediante a prestação do trabalho por preposto do transportador, tem-se realidade de típico trabalho subordinado, não eventual, oneroso e pessoal. Essa situação, quando constatada, não é alterada pelo só fato do trabalhador ser o proprietário ou arrendatário do

90 BAYLOS, El derecho al trabajo como derecho constitucional. **Revista Anamatra Forense**, n. 2004, p. 26.

91 *Idem*, p. 27.

caminhão. Portanto, em muitos casos, trata-se de típica relação de emprego na qual é inteiramente injustificável a exclusão do padrão legal de proteção. Assim, cabe dar interpretação conforme à Constituição ao referido texto legal, a fim de se reconhecer a inconstitucionalidade de sua aplicação àquelas situações de fato que correspondam ao padrão definatório geral do regime de emprego. Esse o entendimento crítico que se sustenta em sede acadêmica, em relação ao entendimento adotado pelo STF, no julgamento da ADI 3961, Rel. Min Roberto Barroso, em que entendeu constitucionais os dispositivos mencionados, sem quaisquer ressalvas. A par da constitucionalidade em abstrato do ato legislativo, considera-se que a sua aplicação expansiva tomando apenas a existência da formalidade da contratação e desconsiderando o seu substrato fático é um verdadeiro ativismo desconstrutivo da normatividade do direito ao trabalho.

4.4. Proteção contra a despedida

A doutrina é assente em que a proteção em face da despedida integra o núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho⁹², como uma de suas principais dimensões normativas e, portanto, deve ser interpretada em consonância com o mesmo. Para referir apenas elementos recentes de uma larga história no direito internacional, em resolução de março de 2016, o Conselho de Direitos Humanos da ONU ressaltou que “o direito ao trabalho compreende, entre outras coisas, o direito a não ser privado de trabalho de maneira arbitrária e injusta e que os Estados, de conformidade com as obrigações pertinentes relativas ao direito ao trabalho, estão obrigados a por em prática medidas que garantam a proteção dos trabalhadores contra a despedida injustificada”⁹³. No mesmo sentido, a já referida sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Lagos del Campo vs. Peru (2017), reconheceu o direito à justificação da despedida deduzindo-o diretamente do direito ao trabalho previsto nos artigos 45, *b*, e 34, *b*, da Carta da OEA e no art. XIV da Declaração Americana de Direitos Humanos, considerando uma violação desse direito a

92 .BAYLOS GRAU, **El derecho al trabajo como derecho constitucional**, p. 32-40. *Idem*, Por una (re)política de la figura del despido. **Revista de Derecho Social**, n. 12, p. 12-14, out.-dez. 2000. SASTRE IBARRECHE, **El derecho al trabajo**, p. 243 e ss. MONEREO PÉREZ e MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*, p. 329-335. FONSECA, *op. cit.*, p. 194-201. MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 48.

93 Resolução da Assembleia Geral do CDH de 22-3-2016, A/HRC/31/L.32, sobre a efetividade do direito ao trabalho.

despedida injustificada de um empregado que manifestara opinião crítica à empresa. Na Constituição brasileira é o item que, não por acaso, encabeça o rol de direitos fundamentais do art. 7º, que especificam diversas das dimensões do direito ao trabalho, enaltecendo a relevância do princípio da continuidade das relações de emprego. A garantia contra a despedida injustificada é a primeira manifestação positiva justiciável de exigibilidade do direito ao trabalho e de proteção dos direitos conexos que correspondem à centralidade do trabalho no discurso constitucional e legal.

A regulação das despedidas é o eixo sobre o qual giram os fatores mais determinantes para o efetivo exercício dos demais direitos decorrentes da relação de emprego em regime de mercado. Em face da desproteção em face da despedida, todo o conjunto de direitos e valores jurídicos de proteção do trabalho acaba materialmente esvaziado pela possibilidade da perda do emprego mediante um simples ato imotivado de exercício de poder privado pelo empregador, assujeitando-se a condição do trabalhador a todo tipo de arbitrariedade sob o talante do empregador. Aliás, mesmo o exercício de direitos fundamentais de cidadania, como a liberdade de voto, tem se mostrado profundamente vulnerável diante do desmesurado poder patronal de despedir, como evidencia a prática secular e hoje cada vez mais comum, de assédio eleitoral, como reconhecido pelo ministro presidente do TSE⁹⁴.

Sendo historicamente raras as situações de pleno emprego, a possibilidade de resistir a condições de trabalho discriminatórias, prejudiciais à saúde, assédio, transferências ilícitas, alterações nas condições de trabalho, ou mesmo frente ao não recebimento de parte dos salários ou horas extras, por exemplo, acaba essencialmente tolhida na vigência de relação de emprego à mercê da ruptura arbitrária pelo empregador. Bem assim, a despedida injusta performa verdadeira denegação de reconhecimento do valor da contribuição do trabalho. Por isso, a ruptura do contrato de trabalho não é um simples ato de vontade negocial como outro qualquer, estando repleta de consequências juridicamente relevantes para o plexo de bens juridicamente protegidos associados ao trabalho digno, razão pela qual está adstrita aos fins sociais da ordem econômica de valorização social do trabalho e busca do pleno emprego (art. 170, *caput* e VIII) e ao direito fundamental de proteção contra despedidas arbitrárias ou

94 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/presidente-do-tse-alerta-que-assedio-eleitoral-nos-ambientes-de-trabalho-e-crime>.

sem justa causa. Tal proteção é condição para reconhecimento da cidadania no seio das relações de trabalho, cuja centralidade é reiteradamente afirmada no texto constitucional. A cidadania e os direitos fundamentais não perdem o efeito quando seus titulares passam pela catraca da empresa. Portanto, não é aceitável que haja todo um conjunto de direitos, mas cuja vigência pode ser simplesmente suprimida de fato por um ato de mera vontade do empregador, sem motivação ou pela ameaça constante de sua prática.

Segundo a Comissão de Expertos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, na Observação Geral 18, a exigência de motivação justificada no rendimento ou na conduta do trabalhador ou nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, para que se possa por fim ao contrato de trabalho pelo empregador, ou seja, a exigência de não arbitrariedade, consiste na “pedra angular” das normas de proteção em face da despedida⁹⁵. Esse direito de proteção deve ser interpretado em consonância com o direito fundamental ao trabalho, do qual é uma expressão parcelar. A função integrativo-interpretativa do direito ao trabalho, decorrente de sua eficácia irradiante, associa-se ao dever de proteção, que dele emana, no sentido de se impor uma proteção jurídica adequada contra a despedida injustificada, que não pode ser funcional à anulação do direito fundamental ao trabalho.

Há, no direito internacional e comparado, bem como no direito brasileiro, uma diversidade de modelos e medidas possíveis de proteção em face da despedida, que vão desde a estabilidade propriamente dita, em que é vedada a dispensa, à permissão de despedida mediante a exigência de uma motivação justificada na conduta do trabalhador ou em razões objetivas da empresa, garantias procedimentais, como direito de defesa, aviso prévio, negociação coletiva e ainda as indenizações financeiras, além da proteção securitária do desemprego. Diferentes conjuntos de medidas podem ser aplicadas em função do tipo de fundamento da ruptura do contrato de trabalho. Qualquer que seja esse conjunto específico, porém, deve atender ao dever do Estado, positivado no art. 7º, I, de assegurar uma proteção suficiente aos trabalhadores contra a despedida, sob pena de inconstitucionalidade por proteção deficiente⁹⁶.

95 **Estudio General sobre el Convenio 158 da OIT**, 1995.

96 A jurisprudência do STF, na esteira de julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que cunhou a expressão (*Untermassverbot*) e acompanhando a doutrina contemporânea, em repetidas oportunidades vem reconhecendo a inconstitucionalidade de disposições normativas que violam a proporcionalidade na sua dimensão de proteção insuficiente. ADI 4650/DF, Rel. Min.

Cabe, pois, notar que o direito fundamental consagrado com o art. 7º, I, da Constituição Brasileira é de proteção da relação de emprego **contra** a despedida arbitrária ou sem justa causa, donde resulta claro que se trata de obstar que tal ato produza seus efeitos deletérios sobre o trabalhador e o entorno social. Isso coloca em questão a legitimidade de um modelo legislativo restrito a mecanismos exclusivamente financeiros de compensação, tendo em vista que uma indenização tarifada tem seu valor facilmente transferido para a precificação dos salários, a fim de provisionar a indenização. Dessa forma, em vez de proteção contra o ato patronal injustificado, o que se tem é pressão pela redução dos salários e o aumento da rotatividade⁹⁷, resultando em proteção deficiente.

Não obstante, a dicção do dispositivo é de que a lei complementar “preverá indenização compensatória, entre outros direitos”, opção constitucional que deve ser interpretada em consonância com o dever de proteção da relação de emprego contra a despedida, associada à valorização social do trabalho e o princípio de continuidade (STF, ADI 1721, rel. Carlos Britto) e com o direito ao trabalho, dos quais deriva. Nas palavras de José Afonso da Silva (2002, p. 289): “Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da sua conservação e não o da sua substituição”. Assim, o conjunto normativo de medidas de proteção contra a despedida preconizado pela constituição ao legislador, deve prever indenização compensatória, entre outros direitos, não podendo, porém, basear-se exclusivamente em mecanismos de compensação pecuniária tarifada, que, como visto, apenas produz a precificação para baixo dos salários, sob pena de denegar-se proteção minimamente suficiente. Daí resulta a urgência, passadas mais de três décadas de omissão na regulamentação do art. 7º, I, de se superar a regra de transição fixada pelo art. 10 do ADCT, que limitou a proteção à indenização única de 40% sobre o FGTS, a fim de dar efetividade à regra permanente da Constituição, de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, que aquela regra precária realiza insuficientemente.

Luiz Fux. RE 418.376-5/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes. ADI 3.510, Rel. Min. Gilmar Mendes. ADI 4.424, Rel. Min. Luiz Fux. ADC 19, Rel. Min. Luiz Fux. RE 103.539-RS, Rel. Min. Rosa Weber. AG. REG. NO RE 763.667-CE, Rel. Min. Celso de Mello.

97 PASTORE, José. Emprego e encargos sociais. **O Jornal da Tarde**, 9/2/1994. Para uma avaliação crítica sobre a relação entre direitos sociais, custos do trabalho e competitividade empresarial, ver o estudo do Ipea: NORONHA, Eduardo G.; DE NEGRI, Fernanda; ARTUR, Karen. Custos do trabalho, direitos sociais e competitividade industrial. *In*: DE NEGRI, João Alberto, DE NEGRI, Fernanda; COELHO, Danilo (Org.). Brasília: Ipea, 2006. p. 161-201.

Não se pode negar que a gestão do trabalho pela manipulação do medo em face da despedida sem qualquer motivação justificada, situação a que se submete a maioria das pessoas no Brasil⁹⁸, não é aceitável ética nem juridicamente, numa sociedade que se pretende democrática, em que se reconhece a cidadania dos trabalhadores e se funda na dignidade humana e em direitos fundamentais. A incongruência entre a interpretação atualmente predominante no Brasil quanto à admissibilidade da despedida *ad nutum* e o caráter vinculante dos comandos constitucionais a respeito da proteção do trabalho, em especial a proteção contra a despedida injustificada e a aplicabilidade imediata do direito ao trabalho precisa ser enfrentada. Este é um debate crucial e inadiável para o direito ao trabalho no âmbito brasileiro, embora não se poderá desenvolvê-lo suficientemente aqui, pois demandaria um inteiro trabalho a respeito⁹⁹.

O cumprimento do mandado constitucional para definição legal dessa proteção tem sido objeto de acerbos debates doutrinários, parlamentares e jurisprudenciais nestas já três décadas de omissão, em que houve avanços legislativos e jurisprudenciais em aspectos apenas parciais. Dois tópicos da questão cabem ser essencialmente compreendidos: os diferentes fundamentos de ruptura do contrato de trabalho pelo empregador (4.4.1) e as diferentes consequências jurídicas que de cada um deles pode advir (4.4.2).

4.4.1. Despedidas arbitrárias, sem justa causa, abusiva e coletiva

A concreção deste específico âmbito do direito ao trabalho pelo art. 7º, I, faz referência a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, levantando-se a questão de tratar-se de sinonímia ou de diferentes conceitos. Prevalece a afirmação da diferença, uma vez que a Constituição não contém palavras inúteis, ao passo que a locução recepciona conceitos legais e doutrinários já existentes e que explicitam a distinção. Despedida arbitrária no direito brasileiro corresponde àquela já definida no art. 165 da CLT, introduzido pela

98 VIANA, Márcio Tulio. Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. In: SENA, Adriana G.; DELGADO, Gabriela N.; NUNES, Raquel P. (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 481-497.

99 Para uma resenha do posicionamento dominante no direito do trabalho brasileiro quando ao direito potestativo de rescisão e sua crítica, WANDELLI, **Despedida abusiva**. São Paulo: LTr, 2004. AMADO, João Leal. **A cessação do contrato de trabalho: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: LTr, 2017.

Lei n. 6.514/1977, “entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”¹⁰⁰, ao passo que despedida sem justa causa é aquela que não se funda especificamente em “justa causa” disciplinar, relativa à conduta do empregado, como previsto no art. 482 da CLT, além de outros dispositivos esparsos, como os referidos nos arts. 158, 240, 432, 508, da CLT, 7º e 14 da Lei n. 7.783/1989. Motivo técnico envolve as transformações e adaptações de ordem tecnológica ou organizacional no processo de trabalho da empresa. Motivo econômico refere-se aos fatores ambientais de mercado que afetem o processo produtivo. Motivo Financeiro refere-se à situação de disponibilidade de capital pela empresa.

Trata-se, portanto, de conceitos concêntricos. Despedida arbitrária é sempre também sem justa causa (disciplinar), não se fundando, tampouco, em justo motivo objetivo (técnico, econômico ou financeiro). Daí decorre que toda despedida por justa causa (disciplinar) é não arbitrária, ao passo que uma despedida sem justa causa (disciplinar) pode ser arbitrária ou não arbitrária, desde que, embora não haja o justo motivo subjetivo (disciplinar), haja justo motivo objetivo (técnico, econômico ou financeiro). O sentido da diferenciação constitucional implica no dever e direito de proteção frente a ambas as formas de despedida e não somente às arbitrárias, mais gravosas.

O problema está em que, na ausência da lei complementar, vimos atribuindo uma mesma consequência jurídica para despedidas com fundamento inteiramente diverso. Havendo a previsão, na regra de transição do art. 10 do ADCT, de indenização tarifada de 40% do montante do FGTS, para todos os casos de despedida sem justa causa¹⁰¹, arbitrárias ou não, resta carente a proteção específica nas despedidas que, para além de serem sem justa causa, são também arbitrárias, ou seja, sem nenhum dos outros justos motivos objetivos, o que, além de desproporcional, é constitucionalmente inadequado. Tratar as despedidas arbitrárias da mesma forma que as despedidas “sem justa causa” (*rectius*, sem justo motivo disciplinar), mas não arbitrárias, leva ao esvaziamento da exigência de motivação que, no âmbito do Direito Internacional é considerado o núcleo da proteção.

100 Idêntico conceito se repete no art. 510-D, § 3º, da CLT, na redação introduzida pela Lei n. 13.467/2017.

101 *Vide* art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/1990.

Assentada a diferença entre ambas, cumpre agora esclarecer uma terceira categoria jurídica de despedida. Coisa inteiramente diversa da arbitrariedade consiste na abusividade do direito de despedir pelo empregador. Como é da tradição doutrinária e legislativa da figura jurídica do abuso do direito, como critério de antijuridicidade diverso do ilícito comum, “só se abusa de um direito que se tem”¹⁰². Assim, a abusividade entra em questão, não por contrariedade às restrições abstratas à despedida, como na dispensa de um empregado estável (ilícito comum), mas sim quando o empregador, no exercício e nos limites de uma prerrogativa de resilição que, abstratamente, lhe é permitida pelas regras aplicáveis, atenta concretamente contra outros comandos normativos sistemáticos que não significam exceções à regra geral de permissão. É o caso das despedidas discriminatórias em geral¹⁰³, em violação do princípio da boa-fé¹⁰⁴, em violação retaliativa do direito de ação¹⁰⁵, da liberdade de opinião política¹⁰⁶ etc. Portanto, a despedida abusiva exige um “algo a mais” em termos de antijuridicidade, em relação às dispensas sem justa causa e às arbitrárias. Pode mesmo ocorrer de uma despedida justificada em motivo objetivo, concretamente situada, ser abusiva. Inverte-se, aqui, o ônus argumentativo: em vez de exigir-se a prévia motivação justificada, a alegação de abusividade é que deve ser demonstrada. Seria o caso, *v.g.*, da despedida de empregado que intencionara demitir-se para obter outra colocação, face à condição econômica ou financeira precária da empresa, mas que fora convencido pelo empregador a ficar, criando um comprometimento de continuidade. Este que, no momento seguinte, é rompido mediante a invocação da já conhecida condição financeira como motivo para a despedida (*venire contra factum proprium*). Seria também a despedida por motivos técnicos ou econômicos em que a seleção dos despedidos se dá por critérios discriminatórios.¹⁰⁷

102 WANDELLI, Despedida abusiva, ob. cit.

103 *Vide* Lei n. 9.029/1995 e Súmula 443 do TST.

104 TST. RR – 9951500-29.2005.5.09.0016, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 01/12/2017.

105 TST. AIRR – 17028-96.2010.5.04.0000, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 19/5/2017. RR – 247-25.2011.5.03.0086, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 2/10/2015.

106 STF. RE – 01302062/210, Rel. Min. Ilmar Galvão.

107 Sobre os demais aspectos da despedida abusiva, remete-se ao nosso WANDELLI, Leonardo V. **Despedida abusiva**: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

Mais recentemente e diante da omissão do legislador complementar, veio a jurisprudência atentar para a necessidade de resposta jurídica diferenciada entre as despedidas meramente individuais e as despedidas coletivas. Trata-se de situações materialmente diferenciadas, em função da elevada repercussão jurídica e social das despedidas massivas, a exigir tratamento especial, seguindo-se uma tradição normativa que vem do direito comparado, em especial da Convenção 158 da OIT e Diretiva 98/59 da Comunidade Europeia. A Seção de Dissídios Coletivos do TST, a partir do julgamento do processo TST-RO-DC n. 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicado no DEJT em 4/9/2009, firmou o entendimento de exigir, como condição de validade das despedidas coletivas, a prévia negociação coletiva com a participação sindical, a fim de se tentar, pela procedimentalização negocial, evitar ou minimizar os efeitos das despedidas, bem como regular a correção dos critérios de seleção dos despedidos. Nessa perspectiva, o exercício do direito potestativo de despedimento, ainda que reconhecido ao empregador, concretamente situado pode ser reputado abusivo pela despedida coletiva, mesmo fundada em motivo objetivamente justificado, caso não sejam observados os requisitos procedimentais de prévia negociação coletiva. O entendimento é de que há violação do direito fundamental ao trabalho e da sua valorização social, associado à função social da empresa e do contrato de trabalho (arts. 1º, IV, 5º, XXIII, 6º e 170, *caput* e III, da Constituição e arts. 187 e 421 do Código Civil), assim como do poder/direito dos sindicatos de participarem obrigatoriamente da defesa dos interesses coletivos da categoria (art. 8º, III e VI, da Constituição, Convenção n. 154 da OIT) do princípio constitucional de solidariedade (art. 3º, I) e da vinculação da empresa à boa-fé objetiva (arts. 187 e 422 do Código Civil), sendo estes os fundamentos de aferição de juridicidade da dispensa coletiva, a serem apreciados em consonância com os valores sociais da livre-iniciativa, sempre de modo que esta última não esvazie os primeiros (arts. 170 e 193 da Constituição)¹⁰⁸.

A tese fixada no caso Embraer foi objeto de recente apreciação pelo STF, no RE 999435, com repercussão geral, que manteve a decisão do TST. Ainda ao tempo dos debates naquele julgamento, Jorge Luís Souto Maior publicou uma monografia preciosa sobre o tema, que se teve a honra de prefaciar. Ao final, o STF fixou a seguinte tese jurídica **“A intervenção sindical prévia é**

108 Vide STF. **RE-999.435**, Rel. Min. Marco Aurélio, com repercussão geral, tema 638, sendo indeferida a suspensão dos processos em curso, pelo relator, em 3/10/2016.

exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical, ou celebração de convenção o acordo coletivo". Apesar de se poder extrair desse enunciado a afirmação da tese da necessidade de negociação coletiva prévia, instituto jurídico consagrado na Constituição e no Direito Internacional, a insistência na utilização da expressão atécnica "intervenção sindical prévia", sob o receio de desembocar em dissídio coletivo, deixa excessivamente em aberto a definição de quais os requisitos dessa intervenção, *vis a vis* o padrão jurídico da negociação coletiva. De toda forma, tem-se que não há outra conclusão juridicamente possível que não entender que se trata de negociação coletiva vinculada à boa-fé negocial e aos princípios e normas legais que a regem, não se cumprindo a exigência com a mera notificação à entidade sindical.

A par disso, embora o julgamento do RE 999435 não tenha versado especificamente sobre o art. 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, o entendimento adotado claramente confirma nossa compreensão quanto à inconstitucionalidade do novel dispositivo legal que, ao revés de dar cumprimento ao art. 7º, I, da Constituição, pretende impedir a procedimentalização das despedidas coletivas. Cuida-se, aí, de inconstitucionalidade do ponto de vista formal, por violar a reserva de lei complementar, já que se trata de dispositivo que pretende regulação de caráter geral da despedida, e, do ponto de vista material, por violar as vedações de proteção deficiente e de retrocesso no que tange ao direito ao trabalho e de proteção contra a despedida.

4.4.2. Consequências jurídicas da despedida

Passadas mais de três décadas de omissão legislativa na edição da lei complementar a que se refere o art. 7º, I, incumbe ainda saber quais as alternativas compatíveis com a Constituição. A tradição histórica do direito brasileiro em relação à despedida, desde as primeiras décadas do século XX, sempre se caracterizou pela combinação de indenização tarifada por tempo de serviço, em caso de despedida injustificada, com estabilidade, de regra decenal, ressalvados ainda os casos especiais de estabilidade. O regime do FGTS foi introduzido em 1965 com caráter opcional à estabilidade decenal da CLT. O texto constitucional de 1967/1969 constitucionalizou o caráter alternativo entre "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente", o

que não impedia a reintegração. A Constituição de 1988 generalizou o regime do FGTS (art. 7º, III) e acabou com o caráter alternativo entre os dois sistemas, excepcionalmente vigente na ordem anterior. Contudo, a própria constituição não excepciona do regime do FGTS as três hipóteses de estabilidade temporária que prevê (arts. 8º, VIII e ADCT art. 10, II, *a* e *b*), assim como seguem sendo acumuladas com o regime do FGTS as diversas outras hipóteses legais, contratuais ou convencionais¹⁰⁹ de estabilidades. Deflui daí a compreensão de que não há incompatibilidade entre estabilidades e outras formas de proteção contra a despedida e o regime do FGTS que, na nova ordem constitucional deixou de ser uma alternativa à estabilidade. O STF reconheceu-o expressamente no caso dos servidores públicos da união que, embora ainda celetistas e optantes do FGTS antes da implantação da Lei n. 8.112/1990, estavam abrigados pela estabilidade do art. 41¹¹⁰.

É indispensável compreender a diferença entre estabilidade e exigência de motivação justificada na conduta do trabalhador ou em razões objetivas da empresa (não arbitrariedade). A primeira diz respeito à ausência, já em abstrato, do direito potestativo de resilição, somente se viabilizando a ruptura do vínculo por justo motivo disciplinar (a chamada “justa causa”), mediante procedimento próprio para desconstituição do vínculo. A despedida do estável é inválida, mesmo que haja motivo de ordem técnica, econômica ou financeira. É essa modalidade de proteção que, quando geral e permanente, como a estabilidade da CLT, se considera incompatível com a Constituição vigente. Contudo, ela subsiste diretamente na constituição nos casos especiais dos arts. 8º, VIII e ADCT/10, II, *a* e *b*. Note-se que este último veda tanto a despedida arbitrária quanto aquela meramente sem justa causa da gestante e do cipeiro, aspecto que tem passado despercebido por grande parte da doutrina. O caráter temporário ou permanente da estabilidade não altera a sua natureza de exclusão abstrata do direito de resilição sem justa causa¹¹¹.

Algo inteiramente distinto é a simples exigência de uma motivação justificada em fatores objetivos da empresa ou organização, ainda que não haja

109 AI-AgRg 135.961/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 30/4/1991, **DJ** 24/5/1991.

110 RE 187.229/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15/12/1998, **DJ** 14/5/1999.

111 A rigor a duração da garantia não se confunde com sua intensidade. Pode-se ter estabilidade própria temporária e permanente como também outras formas mais abrandadas de restrição à despedida, como aquela do art. 165 da CLT, igualmente temporárias ou permanentes.

justa causa disciplinar. Nestes casos, pode o empregador despedir fundado em razões objetivas, sujeitas ao controle judicial. Trata-se não de retirar do empregador o direito potestativo de despedir, mas apenas de condicioná-lo a razões objetivas próprias da atividade patronal, como forma de garantia frente ao puro arbítrio. De fato, como bem adverte o juslaboralista luso João Leal Amado, atacar a categoria dos direitos potestativos é escolher o alvo errado, “o inimigo não é o direito potestativo de despedida, pela simples razão de que este direito, quando existe, [...] é sempre, na sua estrutura, um direito potestativo; o inimigo é o direito de despedir arbitrariamente, sem explicações, sem justificação, sem indicação de motivo, ‘for no cause’.”¹¹² Como explicita o deputado constituinte e juslaboralista Carlos Chiarelli¹¹³, que sustenta ser este o modelo adotado na Constituição “distingue-se da estabilidade tradicional pela sua flexibilidade. [...] O rompimento contratual por iniciativa unilateral do empregador pode ocorrer, desde que, mesmo sendo o trabalhador um empregado zeloso e prestativo [...] haja uma motivação que sobrepaire a sua vontade e que atue como concausa para embasar a decisão patronal”. Cuida-se, portanto, de buscar o equilíbrio entre as necessidades de adaptação das empresas e a proteção dos bens jurídicos e direitos fundamentais associados ao trabalho, vale dizer entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170).

O regime da CLT não tratava de coibir a despedida arbitrária. Até o décimo ano, era livre a despedida sem justa causa, mediante a indenização por tempo de serviço, salvo a despedida com caráter obstativo da estabilidade e, completado o decênio, a estabilidade própria. Foi a partir da experiência internacional que levou primeiro à recomendação 119 da OIT, de 1963 e depois à Convenção 158 e Recomendação 166, de 1982, que se disseminou o princípio que ao mesmo tempo protege o trabalhador da despedida injustificada e assegura ao empregador fazê-lo justificadamente e que se refletiu já na proteção do cipeiro contra despedida arbitrária introduzida pela Lei n. 6.514/1977.

A Constituição não menciona expressamente exigência de motivação, mas preconiza a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, de modo que a diferenciação entre essas duas figuras na legislação vigente, induz a tal exigência, pelo fenômeno da recepção da lei ordinária. O requisito veio a ser positivado com a internalização da Convenção 158 da

112 AMADO, João Lea. **A cessação do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 147.

113 CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na Constituição**. São Paulo: LTr, 1989. p. 16-17 e 37.

OIT, cujo art. 4 fixa que: “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.” Contudo, o STF, no julgamento da cautelar da ADI 1480, entendeu que a Convenção 158, por entrar no sistema normativo nacional com estatura de lei ordinária (entendimento superado desde 2008 pelo mesmo STF), não poderia regular a matéria reservada à lei complementar, ficando seus dispositivos dependentes de intermediação legislativa. A ADI 1480 foi extinta, em virtude da denúncia da Convenção 158 pelo Presidente da República. Contudo, pendente ainda de julgamento a ADI 1625, proposta em 1997, em que se discute a validade da denúncia, uma vez que exercida por ato unilateral da presidência, ao passo que retrocede na concretização deste aspecto central do Direito ao Trabalho comandado pelo art. 7º, I. Admitida a estatura suprallegal da Convenção e a sua vigência, estaria ela apta a concretizar a proteção constitucional.¹¹⁴

No sistema da Convenção 158 há quatro espécies de despedida com diferentes consequências jurídicas, o que pode ao menos iluminar a compreensão dos diferentes mecanismos de proteção: a) a despedida justificada por razões objetivas, relacionadas à conduta do empregado (que não configure falta grave, assegurado direito de defesa, art. 7) ou às necessidades de funcionamento da empresa, para a qual se prevê o direito a uma indenização ordinária, devida a “todo trabalhador” cujo contrato haja sido rompido e/ou seguro desemprego (art. 12); b) a despedida injustificada (arbitrária), para a qual se prevê reintegração ou uma outra indenização ou reparação, de acordo com a legislação (art. 10), não se confundindo com a indenização ordinária do item anterior; c) despedida por falta grave, com perda do direito à indenização (art. 12.2), assegurado direito de defesa (art. 7); d) despedidas coletivas, por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, em que se exigem prévias informação e consultas com os representantes dos trabalhadores e notificação à autoridade competente.

114 Nesse mesmo sentido, foi o parecer da PGR no julgamento do RE 999435, acima referido, afirmando a regulação das despedidas coletivas pela Convenção 158 da OIT. Já no entender da própria OIT, a Convenção 158 e respectiva recomendação 166 buscam alcançar um equilíbrio entre os interesses do empregador e trabalhador, “reconhecendo ao empregador o direito de despedir um trabalhador por causa justificada têm como objetivo garantir o direito do trabalhador de não ser privado de seu trabalho sem justificação”. OIT, TMEE/C.158R.166/2011/2, par. 127. O entendimento é ratificado pelo Alto Comissariado em Direitos Humanos da ONU, no documento A/HRC/31/32, sobre a efetividade do direito ao trabalho, de 2015, par. 51.

A Constituição brasileira prevê um mecanismo de proteção que envolva “indenização compensatória, entre outros direitos”, trazendo a questão das consequências jurídicas pelas diferentes formas de despedida. É certo que grande parte da doutrina e jurisprudência vem entendendo que, enquanto não advier a lei complementar, a única consequência jurídica, uniforme para despedidas sem justa causa, arbitrárias ou não, é aquela da regra de transição do art. 10, I, do ADCT. O que a experiência destes mais de 30 anos de omissão na implementação do dispositivo mostra é que a indenização tarifada de 40% do FGTS acaba precificada no salário, não inibindo o arbítrio e, ao revés, favorece a rotatividade, perniciosa para a vida dos trabalhadores e a produtividade das empresas. Além disso, a coerência com o texto constitucional indica que deve haver uma proteção mais intensa dos casos de despedida arbitrária (sem motivação justificada) que nos de despedidas não-arbitrárias sem justa causa (baseada em motivo justo não caracterizador de falta grave disciplinar) e não a igualação entre essas duas situações bastante distintas.

Assim, o legislador complementar, no seu espaço de liberdade de conformação da Constituição, poderá, entre outras coisas, manter a indenização tarifada sobre o FGTS para o caso das despedidas sem justa causa, mas não-arbitrárias (fundadas em motivos objetivos, técnicos, econômicos ou financeiros), explicitar os critérios de motivação não arbitrária e estabelecer as hipóteses em que, a despeito da invalidade da despedida arbitrária, poder-se-á converter a reintegração em uma indenização não assimilada àquela primeira e quais os parâmetros dessa indenização, bem como ressaltar situações especiais. Poderá, por exemplo, regular de forma diversa contratos por prazo determinado ou excluir, com justificativa válida, determinadas categorias de trabalhadores. Poderá, ainda, estabelecer garantias procedimentais quanto à despedida, especialmente nas coletivas e inclusive direito de defesa do trabalhador para as despedidas baseadas na sua conduta. Mas não estará em conformidade com a Constituição, caracterizando proteção deficiente, a generalização da validade da despedida arbitrária, assegurando que essa produza sempre seus efeitos mais deletérios, em detrimento de toda a essencialidade do trabalho e de sua proteção constitucional, apenas sujeitando-se o empregador ao pagamento de uma indenização tarifada em todos os casos, o que reafirma a prevalência inabalável do interesse econômico imediato sobre a dignidade humana pelo trabalho. De toda forma, reitera-se, a exigência de motivação justificada (objetiva ou subjetiva), como critério de validade, é forma de proteção contra a

despedida arbitrária derivada do direito ao trabalho que não se confunde com a generalização de estabilidade no emprego.

No julgamento do MI 114-6/SP, rel. Octavio Galotti, em 4-4-1991, o STF negou conhecimento a mandado de injunção distribuído em maio de 1989, em que o autor pretendia a manutenção no emprego até que fosse editada a lei complementar. Entendeu, àquela altura, que não havia mora legislativa, vez que a Constituição já estabelecera, no art. 10 do ADCT, a regra de transição até o advento da lei complementar referida no art. 7º I. Passadas agora tantas décadas da Constituição, sem a solução preconizada pelo texto permanente, impõe-se superar o impasse da solução dilatória de 1988, dando o devido tratamento protetivo frente às despedidas arbitrárias. Em que pese o ambiente atual de intolerância e pouco apreço com os objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária e de valorização social do trabalho, de escasso cuidado com o princípio fundamental de que “o trabalho não é uma mercadoria”, cumprir a própria Constituição, dando efetividade a um mecanismo de equilíbrio que é adotado em grande número de países, que favorece a racionalidade e a cidadania nas relações de trabalho, sem os defeitos apontados na antiga estabilidade celetista, não deve ser pensado com tanto espanto.

Na indefinida ausência da legislação complementar, duas vias quedam abertas: a) a aplicação da Convenção 158 da OIT, caso se entenda, em controle direto ou incidental, que foi inválida a sua denúncia, seja por ter sido promovida por ato unilateral do chefe do executivo, seja, especialmente, por se tratar de medida regressiva que viola a obrigação de progressividade na implementação do direito ao trabalho¹¹⁵. Malgrado isso, vale lembrar ser princípio geral a incidência supletiva das normas internacionais do trabalho mesmo não internalizadas¹¹⁶; b) a incidência direta do direito fundamental ao trabalho, a exigir a proteção efetiva contra a despedida arbitrária, ante a compreensão internacional de que seu núcleo essencial implica a exigência de justificação da despedida em motivos ligados à capacidade ou à conduta injustificada do empregado ou ligados às necessidades legítimas de funcionamento da empre-

115 Nesse sentido, o voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI 1625. Também a já citada Observação Geral 18 do CDESC já alerta, em seu § 34, que a revogação de uma legislação que proteja contra a despedida arbitrária seria uma violação, pelo Estado, do Direito ao Trabalho como previsto no PIDESC.

116 O art. 8º da CLT prevê expressamente o recurso ao direito comparado como fonte subsidiária. Sobre a prática de aplicação supletiva das normas internacionais do trabalho não ratificadas. Sobre a eficácia supletiva das normas da OIT não ratificadas, ver: BEAUDONNET, ob. cit., p. 31, 182 e *passim*.

sa. Pesa o exemplo de diversos países, como Espanha, Itália, e Peru, em que a exigência de uma causa justa e séria ligada à conduta do empregado ou a motivos empresariais objetivos, como condição de validade para a despedida, foi derivada, pela jurisprudência, diretamente do conteúdo do direito ao trabalho assegurado nas respectivas constituições, ainda antes da explicitação dessa restrição na legislação infraconstitucional.¹¹⁷ Bem assim, o precedente paradigmático da Corte IDH, no julgamento do caso Lagos del Campo vs. Peru, que derivou, diretamente do direito ao trabalho, o dever estatal e o Direito subjetivo de garantia do emprego contra a despedida injustificada, o qual *“no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador, a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.”*

Em ambos os casos, fica em aberto qual a consequência da invalidade da despedida arbitrária: o desfazimento do ato ou o arbitramento de uma indenização não confundida com aquela dos casos ordinários de despedida não arbitrária e sem justa causa. Mas a ausência de uma disciplina específica de sanções tipificadas nunca impediu a jurisprudência de propiciar tutela ao titular do direito frente à sua violação, mormente diante do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), que implica o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

5. O DIREITO AO TRABALHO NAS FORMAS NÃO EMPREGATÍCIAS DE TRABALHO

Não só as pessoas que trabalham sob regime de emprego são titulares do direito ao trabalho. Diversamente dos titulares dos direitos assegurados pelo direito do trabalho, que são apenas os trabalhadores, qualquer pessoa com capacidade é titular do direito ao trabalho¹¹⁸. Acontece que o modelo da sociedade salarial levou a uma tamanha redução do conceito de trabalho, ao ponto

117 WANDELLI, **O direito humano e fundamental ao trabalho**, ob. cit., p. 312-313.

118 SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 187 e 232. GOMES, *op. cit.*, p. 146-149.

que até mesmo as formas de trabalho vizinhas ou assimiladas ao trabalho assalariado – autônomo, cooperativado, parceria, experiências empresariais autogestionárias, microempreendimentos individuais, economia solidária, trabalho rural em regime de economia familiar, trabalho remunerado não subordinado no terceiro setor etc., e que compõem uma faixa substancial das pessoas que trabalham, foram excluídas da proteção jurídica inerente ao reconhecimento do trabalho como direito fundamental. Para essas formas de trabalho pessoal vigeria, em princípio, apenas a pura contratualidade civil.

Uma vez que o paradigma da proteção jurídica do trabalho é o emprego, cria-se uma forte pressão pela evasão, fraudulenta ou com amparo legislativo, desse âmbito de proteção, como se vê atualmente nos fenômenos chamados de “pejotização” e de “uberização” do trabalho. Também ganha espaço a pressão contrária à atualização dos critérios de definição de emprego, frente às novas estratégias produtivas, de poder e controle do trabalho, ante as quais a definição jurídica tradicional do emprego e especialmente o conceito de subordinação tornam-se cada vez menos capazes de significar o que de fato ocorre no mundo do trabalho, arrastando para a desproteção muitos trabalhadores. Daí a importância do debate sobre o conceito de subordinação e sobre a necessidade de não se deixar fragilizar o paradigma de proteção do emprego que, como diz Mauricio Godinho Delgado é, para o bem o para o mal, o melhor que o capitalismo conseguiu até aqui oferecer¹¹⁹.

Mas, por outro lado, não se pode deixar de reconhecer às formas verdadeiramente não empregatícias de trabalho pessoal o mesmo valor do trabalho e a titularidade do direito fundamental ao trabalho que, nos termos da Constituição, é um direito de todos. Este é o **segundo nível** do conceito de direito ao trabalho. É certo que as formas de proteção não precisam ser homogêneas entre empregados e não empregados, desde que assegurada certa unidade conceitual e valorativa no tratamento jurídico do trabalho humano em suas diversas formas. Não se pode, assim, excluir das formas não empregatícias de trabalho a proteção jusfundamental ao trabalho. Extremamente precisa a advertência feita pela Corte Constitucional da Colômbia, na sentença T475 de 1992, ao fixar que:

119 DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA *et al.* (Coord.). **Direitos humanos**: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 68-69.

[...] no solo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución, más que al trabajo como actividad abstracta, protege al trabajador y su dignidad.

O leque de direitos fundamentais previstos no art. 7º da CRFB é assegurado aos “trabalhadores” e não aos empregados. É bem verdade que há, entre os seus incisos, alguns que são inerentes à relação de emprego, a exemplo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Contudo, há inúmeros direitos que não há porque se restringirem aos empregados. Além disso, há obrigação do legislador de promover essas formas de proteção. A par das tutelas jurídicas do trabalho a serem conferidas pelo legislador, não há porque deixar de assegurar, desde logo, aos trabalhadores não empregados, diversos direitos previstos no Título II da Constituição brasileira para todos os trabalhadores, para além dos direitos previdenciários. Primeiro, em especial, o direito ao conteúdo do próprio trabalho, acima desenhado. Bem assim, direitos fundamentais tais como: (i) o direito a não ser discriminado na relação de trabalho, inclusive em matéria de remuneração, na contratação ou na terminação do contrato; (ii) o direito a uma relação de trabalho em que esteja presente a boa-fé contratual como dimensão de proteção ao trabalho; (iii) o direito a uma contraprestação correspondente à satisfação de um conjunto básico de necessidades que demandem custo financeiro, quando se tratar de trabalhador autônomo economicamente dependente, o que pode ser traduzido na forma de um valor mínimo por hora trabalhada;¹²⁰ (iv) o direito à irredutibilidade da contraprestação pelo trabalho;¹²¹ (v) o direito ao descanso e à limitação de jornada; (vi) direitos de proteção à saúde no trabalho; (vii) direito ao meio ambiente do trabalho saudável; (viii) proteção em face da automação; (ix) as limitações ao trabalho do menor; (x) direitos de organização sindical e negociação coletiva; (xi) e, em especial, o direito a que haja uma justificativa especial para a outorga de tratamento normativo diferenciado entre as diversas formas de trabalho, notadamente para a exclusão de direitos assegurados ao trabalho assalariado.

A depender de interpolação legislativa, pode-se sustentar a instituição, por exemplo, de: (i) formas de remuneração do descanso semanal, de ausências

120 Nesse sentido, DELGADO, **Direito fundamental ao trabalho digno**, p. 229.

121 *Idem, ibidem.*

por razões familiares e de férias dos trabalhadores por conta própria; (ii) direitos sociais a serem assegurados pelo sistema previdenciário, com garantia de sustação da prestação de serviços contratada, em casos de prestação de serviços autônoma continuada, para atender necessidades previdenciárias ou familiares.¹²²

Não obstante, essa delicada operação de ampliação objetiva e subjetiva da proteção jurídica ao trabalho depende de dois requisitos, já afirmados pelo ACNUDH: (a) não se aceitar o esvaziamento do paradigma do emprego juridicamente protegido, seja pela deterioração e não atualização do conceito de emprego diante das transformações da organização do trabalho, seja mediante a fragmentação do *standard* jurídico do emprego com a introdução de hipóteses de trabalho subordinado com direitos reduzidos. (b) assegurar que toda forma de trabalho seja capaz de propiciar, em termos de reconhecimento jurídico e solidário, patamares de acesso a bens, respeito e estima sociais equivalentes ao do emprego, permitindo diversificadas formas de vida digna daqueles que vivem do trabalho. Este segundo programa não pode ser considerado um substituto do primeiro¹²³.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO: O DIREITO AO TRABALHO COMO PRIMEIRO DIREITO HUMANO

Um **terceiro nível**, já se trata da imensa parte submersa do *iceberg*. É aí que se encontram as determinações essenciais desse processo, em que se dá o ocultamento da primazia do trabalho humano, a subjetividade criadora, como primeira mediação para a satisfação das múltiplas necessidades dos sujeitos humanos, no desenvolvimento de sua corporalidade e sociabilidade, e que se encontra em contínuo processo de negação e tensão dentro da ordem econômica capitalista. A melhor resposta a essa negação da dignidade não é o abandono

122 De modo expressivo, a Lei n. 12.690/2012 traz uma profunda transformação na regulação das cooperativas de Trabalho. A par de expressar com clareza a inadmissibilidade da utilização de cooperativas para intermediação de trabalho subordinado e de estabelecer critérios de democracia deliberativa participativa e mandato para o coordenador de atividades externas eleito, a lei prevê, em seu art. 7º, um rol de direitos aos sócios trabalhadores de corte tipicamente empregatício.

123 O já referido Informe do Alto Comissariado em Direitos Humanos da ONU sobre o direito ao trabalho, A/HRC/31/32, para. 53 afirma esses mesmos dois requisitos: "*The appreciation of other forms of work depends on two conditions: (a) that it does not undermine the definition or the protection of waged work; and (b) that regardless of the different protection schemes applicable to unwaged workers, they should enjoy just and favourable conditions of work equivalent to wage-paid workers.*"

do trabalho intensificando seu esvaziamento significativo. O trabalho jamais é neutro para a vida das pessoas, seja como presença, seja como ausência. A reação apropriada a um contexto social onde há, “para uns, falta de trabalho e inutilidade para o mundo, para outros, excesso de trabalho e indisponibilidade para o mundo”¹²⁴ é a reafirmação e a luta pela reconstrução do trabalho como primeiro direito humano e fundamental.

Nessa dimensão, o direito ao trabalho assume criticamente a reivindicação de um direito anterior e para além de todas as formas tipicamente capitalistas de trabalhar e que surge a partir da experiência de negatividade experimentada com a expropriação e degradação do trabalho vivo. Nos dois primeiros níveis antes mencionados, cuida-se de um direito ao trabalho que pressupõe a presença ou a possibilidade de formas de trabalho inerentes ao modo de produção atual. Já neste terceiro nível, trata-se de um direito à possibilidade de vida plena pelo trabalho não reduzido ao trabalho abstrato, o que, diante da forma social capitalista, implica uma interpelação, desde a dimensão radical do trabalho como necessidade humana, de toda a ordem societária vigente, impulsionando não só no sentido do contínuo aprimoramento de suas instituições, mas também à sua profunda transformação.

Contudo, o tempo da “longa transição” – e só quem jamais olhou para a história é capaz de imaginar que o capitalismo que conhecemos será eterno – não é, como dizia Paulo Freire, em sua “Canção Óbvia”, um tempo de espera vã, mas é um tempo de muito o que fazer.

Em última instância, trata-se de um direito ao trabalho em um sentido muito anterior e mais amplo que o de alguma das formas de trabalho sob o capital. O direito a uma sociedade em que haja a efetiva possibilidade de obter com autonomia, pelas próprias capacidades, com cooperação e solidariedade, a reprodução e desenvolvimento da vida, o que inclui, também, essencialmente, o direito à possibilidade de alternativas de vida que não se subordinem às formas capitalistas de trabalhar.

Esse âmbito mais amplo, porque representa a perspectiva dos sujeitos, diante das instituições vigentes, como expressão de sua dignidade, constitui, na verdade, a base a partir da qual emerge a reformulação dos outros dois níveis. Era isso, afinal, o que, no fundo, desde os princípios da forma social capitalista, se tratava de reivindicar nas lutas dos trabalhadores. É também aqui que o tra-

124 SUPIOT, Alain. **Le travail en perspectives**. Paris: LGDJ, 1998. p. 1.

balho de concretização do sentido normativo se torna mais difícil, nos quadros do atual sistema jurídico.

Em que pesem todas as limitações do campo jurídico, os três níveis do direito ao trabalho acima desenvolvidos articulam-se em uma recuperação reconstrutiva do sentido do trabalho como direito, em que as categorias jurídicas ganham em capacidade de estar a serviço da reapropriação do trabalho pelos sujeitos concretos. Em suma, se trata de saber até que ponto se pode levar adiante e tomar seriamente a compreensão constitucional de que o fundamento maior do direito é a dignidade das pessoas perante a cultura, as instituições, o direito, o mercado e não o inverso.

7. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madri: Trotta, 2002.

ALEMÃO, Ivan. **Desemprego e direito ao trabalho**. São Paulo: Esplanada/ADCOAS, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO, João Leal. **A cessação do contrato de trabalho: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: LTr, 2017.

BARRETTO GHIONE, Hugo. Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento. *In: XXII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. FCU. Noviembre 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad individualizada**. Madrid: Cátedra, 2001.

BAYLOS GRAU, Antonio; e PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid: Trotta, 2009.

BAYLOS GRAU, Antonio. El derecho al trabajo como derecho constitucional. **Revista Anamatra Forense**, n. 2004, p. 1553.

BAYLOS GRAU. Por una (re)politicación de la figura del despido. **Revista de Derecho Social**, n. 12, p. 934, out.dez. 2000.

BEAUDONNET, Xavier (Ed.). **Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes e docentes em direito**. Turim: CIFOIT, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luís. Algunas críticas al criterio del tribunal constitucional sobre la procedencia del amparo en defensa del derecho al trabajo. **Ipsa Jure Revista Virtual**. Corte Superior de Justicia de Lambayeque, n. 3, nov. 2008.

CHAVES JUNIOR, José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. *In*: DELGADO, Gabriela *et al.* (Orgs.). **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **Trabalho na Constituição**. São Paulo: LTr, 1989.

COLLINS, Hugh. Is There a Human Right to Work? *In*: MANTOUVALOU, Virginia (Ed.). **The right to work: legal and philosophical perspectives**. Oxford: Hart, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORTINA, Adela; CONILL, Jesus. Cambio en los valores del trabajo. **Sistema: Revista de Ciências Sociais**, n. 168169, p. 315, 2002.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho?: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul./set. 2017.

DEJOURS, C.; DERANTY, J-P.; RENAULT, E.; SMITH, n. H.i. New York: Columbia University Press, 2018.

DEJOURS, Christophe. Addendum. *In*: LANCMAN; SNELWAR (Orgs.). **Christophe Dejourns: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ Paralelo 15, 2011.

DEJOURS, Christophe. **Ce qu'il y a de meilleur en nous: travailler et honorer la vie**. Paris: Payot, 2021.

DEJOURS, Christophe. Sublimação entre sofrimento e prazer no trabalho. **Revista Portuguesa de Psicanálise**, n. 33, v. 2, p. 9-28, 2013.

DEJOURS, Christophe. **Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émancipation**. Paris: Payot, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves (Coord.). **Direito fundamental ao trabalho digno no século XXI**. São Paulo, LTr, 2020. 3 v.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA *et al.* (Coord.). **Direitos humanos: essência do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Org.). **O Supremo e a reforma trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Fi, 2021. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/41172>.

FERRARI, Regina M. M. n. **Direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

FONSECA, Maria Hemília. **O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

GALTUNG, Johan. *Direitos humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GIUBBONI, Stefano. **Il primo dei diritti social: riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordenamento europeo**. Disponível em: http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n462006int.pdf.

GOMES, Fábio Rodrigues. **O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRUPO KRISIS. **Manifiesto contra o trabalho**. São Paulo: Conrad, 2003.

GUANCHE MARRERO, Alberto. **El derecho del trabajador a la ocupación efectiva**. Madrid: Civitas, 1993.

GUNTHER, Luís Eduardo. **Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.

GUNTHER, Luís Eduardo. **Resoluções e declarações da OIT: natureza e efeitos**. Tese (doutorado). Curitiba, UFPR.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector FixFierro. México, D.F./Lima, UNAM/PUCPeru, 2003.

HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**. Barcelona: Península, 1978.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz; MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José, Costa Rica, DEI, 2005.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Repa, São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v. 8, n. 1, p. 4667, janabr. 2008.

KREIN, José Dari; SANTOS, Anselmo Luis dos; e NUNES, Bartira Tardelli. **Trabalho no Governo Lula: avanços e contradições**. Texto para discussão. Campinas, IE/UNICAMP, n. 201, fev. 2012.

KURZ, Robert. O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 20.07.1997, Caderno Mais.

LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte Idal (Orgs.). **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/Paralelo 15, 2011.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

MACIEL, José Alberto Couto. **Garantia no emprego já em vigor**. São Paulo: LTr, 1994.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar en la Constitución española. In: VVAA. **Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

MEIRELES, Edilton. **A constituição do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONEREO PÉREZ, José Luiz; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo. In: MONEREO PÉREZ; MOLINA NAVARRETE;

MORENO VIDA (Dir.). **Comentario a la Constitución socioeconómica de España**. Granada: Comares, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho. **Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 1116 ago. 1974.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Paris: PUF, 1996.

PIOVESAN, Flávia, Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. **Cadernos da Amatra IV**, a. VI, n. 16, p. 2054, nov. 2011.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RENAULT, Emmanuel. Reconnaissance et travail. **Travailler**, n. 18, p. 119135, 2/2007.

REVISTAS DOS TRIBUNAIS. Flexibilização (mais, ainda ?), legislação do trabalho e a inversão ideológica dos direitos humanos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luís Eduardo (Org.). **Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectivas**. Estudos em homenagem a Edésio Franco Passos. São Paulo: LTr, 2005.

REVISTAS DOS TRIBUNAIS. **O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, I.; MARINONI, L.G.; MITIDIERO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET; TIMM (Org.). **Direitos fundamentais**: orççamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. **El derecho al trabajo**. Madrid: Trotta, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Dispensa coletiva não é um direito**. Campinas: Lacier, 2021.

SUPIOT, Alain. **L’esprit de philadelphie**: la justice sociale face au Marché total. Paris: Seuil, 2010.

SUPIOT, Alain. **Le travail en perspectives**. Paris: LGDJ, 1998.

SUPIOT, Alain. **Le travail n’est pas une marchandise**: contenu et sens du travail au XXIe siècle. Paris: Éditions du Collège de France, 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Tulio. Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego. *In*: SENA, Adriana G.; DELGADO, Gabriela N.; NUNES, Raquel P. (Coord.). **Dignidade humana e inclusão social**: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

WANDELLEI, Leonardo Vieira. Valor social do trabalho e dignidade na Constituição. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, v. 1, p. 253-276, 2021.

TRABALHO, DIREITOS HUMANOS E CONSTITUCIONALISMO

Bruno Alves Rodrigues

Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Divinópolis/MG, no exercício da função de Juiz Auxiliar da Direção da Enamat (2022). Mestre em Filosofia do Direito (UFMG). Doutor em Direito (UFMG). Mestre em Educação Tecnológica (Cefet/MG). Doutorando em Linguagens (Cefet/MG).

A processualidade da dialética do reconhecimento por meio do trabalho digno representa a dinâmica central de uma democracia real, substância ética para a concreção dos valores igualdade e liberdade em um processo de constante ratificação dos compromissos constitucionais existentes entre cidadãos, na superação de individualismos e convencionalismos.

A mera democracia formal, desatrelada de ação que efetive a *praxis* ética, não se presta à manifestação histórica do espírito objetivo em sua substância moral. O conteúdo do processo democrático deve estar voltado à afirmação dos valores igualdade, liberdade e trabalho, numa convergência entre a consciência moral dos indivíduos e a *praxis* social, sob pena de se perder a finalidade ética de toda ação humana.

A prática estritamente formal do sufrágio universal, sem maiores compromissos com a efetividade de uma *praxis* estamental, acaba se mostrando descompromissada com a própria substância do compromisso interpessoal que se apresenta como âmago para qualquer processo político real. Como explica Taylor,

[...] a ideia do sufrágio direito é que as pessoas votam como indivíduos, que elas não são representadas em sua capacidade como membros de algum estamento ou grupo ou outra articulação da sociedade. Hegel chama isso de “ponto de vista atomístico e abstrato” (FD, par. 303 E), que compartilha a visão do Estado como mera massa, aglomeração de indivíduos. (TAYLOR, 2014, p. 484).

O sufrágio expressivo da soma de votos singulares não pode ter a pretensão de ser universal. O exercício pontual do voto, para legitimação formal de representações que fundamentam o mandato tão somente em sazonais pleitos eleitorais, mostra-se antagônico à universalidade em seu conceito. O voto da soma de indivíduos não retrata sufrágio universal. É sufrágio individual, eis que outorgado por uma maioria de indivíduos que não perfaz efetiva coletividade. “A democracia da eleição direta não é o *summum* da sabedoria política –, mas sim o que ela implica para o homem na sociedade: a igualdade, direito incontestável, indubitável, porque fundamento do direito, não esgota o conceito político do homem.” (WEIL, 2011, p. 101).

A coletividade não é conformada pela soma de indivíduos, mas substancialmente pela conexão de reconhecimento entre os eles promovida pelo trabalho. Assim é que, nas palavras de Taylor, os cidadãos “devem se relacionar com a comunidade política não como indivíduos, mas por meio de sua filiação aos

componentes articulados da sociedade. É pura abstração exigir que todos os seres humanos se relacionem do mesmo modo com o mesmo poder político”. (TAYLOR, 2014, p. 485). E a “filiação aos componentes articulados da sociedade” ocorre exatamente por meio do trabalho. Portanto, a “teoria democrática de Hegel afasta-se, pois, de um sistema plebiscitário (como mostram as tendências contemporâneas), suspeitando do empirismo das decisões da maioria, sem a organização dos seus interesses em classes” (SALGADO, 1996, p. 425).

O trabalho representa esse ato político de real conexão democrática, pois hierarquiza os valores numa tradição vetora de “um *ethos* que organiza qualitativamente o tempo passado numa perspectiva axiológica em cujo prolongamento – pela reiteração, pelo confronto crítico ou mesmo pela transgressão – deverão situar-se as opções ético-políticas do tempo presente”. (LIMA VAZ, 1993a, p. 252-253). A gênese do político atrela-se à própria gênese do social, já que, como explica Lima Vaz, a “gênese conceptual do político, o primeiro nível ou o primeiro momento – social – apresenta-se como aquele nível das relações sociais no qual se trava a luta pela satisfação das necessidades por meio do confronto laborioso com a natureza, fonte de recursos” (LIMA VAZ, 1988, p. 18).

O trabalho é a ação política por excelência, na medida em que “é a liberdade que se faz”. (PERINE, 1992a, p. 562). Assim, “o trabalho é o único legítimo modo de participar da riqueza social; ao Estado cabe evitar a massa informe de indivíduos sem meios de subsistência, pois constituiriam um partido no sentido próprio da palavra, que divide e contesta o Estado na sua real substância” (SALGADO, 1996, p. 426).

Por meio do trabalho, o homem tende ao universal, e a dialética do reconhecimento retrata essa processualidade de organização da sociedade civil imprescindível à objetivação institucional no momento do Estado. A conexão que é desenvolvida a partir de “sistemas particulares de carecimentos, de seus meios e trabalhos, de modo de satisfação e da cultura prática e teórica”¹²⁵ acaba por organizar os indivíduos em estamentos. Os estamentos não devem representar mera estratificação de classes a partir do nível de renda, pois não

125 “Os meios infinitamente variados e o seu movimento de entrelaçamento igualmente infinito na produção e troca recíprocas reúnem-se mediante a universalidade inerente a seu conteúdo e diferenciam-se em massas universais, de modo que toda essa conexão se desenvolve em sistemas particulares de carecimentos, de seus meios e trabalhos, de modo de satisfação e da cultura prática e teórica, – sistemas, nos quais os indivíduos são repartidos – até uma diferença de estamentos.” (HEGEL, 2010, p. 199).

é este dado que perfaz a conexão real dos membros de uma comunidade, mas sim o trabalho que se presta a servir de mecanismo de reconhecimento. Os estamentos organizam, assim, a mediação democrática entre particulares e o Estado institucionalizado.

O Estado não se constitui em determinado momento apriorístico e formalístico, mas sim a partir de permanente compromisso real sustentado na vontade racional de seus cidadãos, pelo que os órgãos de organização dos cidadãos pelo trabalho se mostram imprescindíveis à contínua ratificação do compromisso constitucional de Estado. “Considerados órgãos mediadores, os estamentos estão entre o governo em geral, de uma parte, e o povo dissolvido em esferas particulares e indivíduos, de outra parte.” (HEGEL, 2010, p. 282). Hegel explica que:

[...] o membro do Estado é um membro de tal estamento; apenas nessa sua determinação objetiva ele pode ser tomado em consideração no Estado. Sua determinação universal, em geral, contém o duplo momento de ser pessoa privada e, quanto pensante, igualmente de ser consciência e querer do universal; mas essa consciência e esse querer não são, então, apenas vazios, porém preenchidos e efetivamente vivos quando estão preenchidos com a particularidade – e essa é o estamento particular e a determinação –; ou o indivíduo é gênero, mas tem como gênero mais próximo sua efetividade universal imanente. Sua determinação viva e efetiva para o universal é alcançada, inicialmente, por isso, em sua esfera da corporação, da comuna etc. (par. 251), em que lhe é deixado aberta a possibilidade de ingressar, mediante sua habilidade, no estamento para o qual é capaz, entre quais pertencer também ao estamento universal. (HEGEL, 2010, p. 286-287)

A organização coletiva a partir do trabalho representa, assim, elemento vital à democracia. Não há exercício de democracia real sem permanente exercício de mediação entre indivíduos e Estado a partir da atuação de associações, sindicatos e outras organizações coletivas que efetivamente sejam denotativas de um *ethos*, ou seja, da tradição expressiva da organização de determinada coletividade em seu progresso ao universal. A organização da sociedade civil em estamentos é assim descrita por Taylor:

Hegel desenvolve os traços característicos da sociedade civil (FD, par. 201-07) que pertencem propriamente às suas próprias ideias. Ele defende a necessária articulação da sociedade civil em classes ou estamentos. A necessária divisão do trabalho dá origem a grupos (*allgemeine Massen*, FD, par. 201) que não têm só tipos diferentes de trabalho, mas também estilos de vida diferentes e, em consequência, valores diferentes. Esses são os “estamentos” (*Stände*) hegelianos. Hegel prefere

esse termo mais antigo ao termo “classe”, e é melhor acompanhá-lo nisso, visto que esses grupos não só se diferenciam por sua relação com os meios de produção, mas também por seu estilo de vida. (TAYLOR, 2014, p. 472).

As organizações estamentais não representam meros órgãos de demanda de classe a retratarem a vontade dos indivíduos perante o Estado. Devem ser órgãos de reconhecimento, mediadores que garantam a indissociabilidade entre o Estado e a vontade de seus integrantes. Assim, a “vontade cristalizada a partir da sociedade civil não pode estar em oposição ao governo. Hegel rejeita completamente essa ideia das instituições representativas como precipuamente reivindicadoras, existindo para lutar pelos direitos da sociedade contra o Estado”. (TAYLOR, 2014, p. 483). Na mesma linha, Salgado adverte que “as classes não são antagônicas no sentido de estar em luta umas com as outras, pois no sistema das necessidades, o jogo das suas oposições fá-las convergentes na satisfação das necessidades sociais como um todo, e elas se superam no Estado”. (SALGADO, 1996, p. 369). Taylor detalha a questão, salientando que:

[...] um Estado em que afluísse essa oposição obviamente deixaria de ser uma unidade orgânica, deixaria de ter uma vida e uma vontade comuns com as quais todos os seus membros estão identificados. Ele se cindiria numa vontade soberana governante, de um lado, e, de outro, em oposição a ela, num fracionamento das reivindicações privadas, “dos interesses particulares de pessoas, sociedades, corporações” (FD, par. 302). Essa imagem da dissolução do orgânico em partes independentes tem um papel importante na discussão que Hegel promove nesse ponto, como contraponto à imagem do Estado como organismo. Caso se queira que o Estado realize a *Sittlichkeit*, então ele tem de constituir uma vida em comum em que todos encontram sua identidade. Porém, isso não tem como acontecer se as pessoas se identificarem precipuamente com seus interesses privados e virem o Estado meramente como *locus* em que esses interesses privados têm de unir-se para alcançar algum tipo de compromisso essencial para que a sociedade funcione. Esse é o tipo de sociedade que Hegel descreve como mera aglomeração – uma “multidão” (*Menge*) ou um “amontoado” (*Haufen*) são os termos que Hegel usa (cf. PR, par. 302) – e que representa um Estado em dissolução. Nessa situação, o governo só poderá sobreviver na condição de despotismo sobre os indivíduos, vergando as vontades privadas sob o jugo de uma lei com a qual ninguém se identifica. Daí que a função dos estamentos não pode ser vista como de oposição ao governo; antes, a intenção é que eles constituam um elemento mediador, o elemento intermediário do silogismo hegeliano. Essa função domina toda a discussão sobre os estamentos promovidas por Hegel. (TAYLOR, 2014, p. 483)

O trabalho promove, assim, o real exercício da cidadania, pois ele representa “a abertura espiritual do sujeito, que assim afirma-se como indivíduo concreto, com existência diversa, mas integrante do todo orgânico”. (REIS, 2002, p. 118). Complementa Daniela Muradas, enfim, que “o trabalho verte ao democrático, posto ser o que permite a integração do indivíduo na sociedade civil e o caminho da universalização dos interesses particulares mediante a participação de um Estado (*Stande*)” (REIS, 2002, p. 119).

A organização social não pode ser vista como resultante de mero ajuste convencional de vontades, tendo em vista que o próprio indivíduo, supostamente a protagonizar essa convenção, nem sequer assumiria sua identidade fora da sociedade na qual ele afirma sua independência na dependência do todo. O indivíduo se faz em sociedade.

Não existe, assim, propriamente, um direito inato aos indivíduos, aprioristicamente a ser respeitado por uma comunidade que viesse a se constituir, posteriormente, a partir do ajuste convencional entre consciências puramente individuais. Todo direito representa ato de cultura e é criado já em ambiência social. “O direito natural ou o direito filosófico é diverso do direito positivo, mas seria um grande equívoco transformar isso, pretendendo que seriam opostos e em conflito.” (HEGEL, 2010, p. 51). Como muito bem observa Drummond, “Hegel se contrapõe ao contratualismo e ao liberalismo do direito natural moderno, que consideram a precedência do indivíduo natural determinando as formas sociais de convivência, criando assim o princípio do antagonismo na relação indivíduo e sociedade”. (DRUMMOND, 2014, p. 58).

Salgado explica que “a Filosofia do Direito pretende refletir sobre o fundamento racional que explica o direito e, a partir daí, possibilitar a crítica do direito positivo no sentido de um direito justo: um direito que estabeleça a possibilidade de uma sociedade de consenso ou racional”. (SALGADO, 1996, p. 24).

A Filosofia do Trabalho nos empresta subsídio para compreensão das condições históricas e culturais aptas a consolidarem uma tradição expressiva de um *ethos* cuja normatividade mostra-se passível de ser objetivada em um Direito justo, a saber, um Direito apto a regular uma sociedade racional e de consenso, institucionalizada em Estado Democrático de Direito. A própria racionalidade do Direito, sua inteligibilidade, está associada à efetivação histórica dos valores liberdade e igualdade pelo trabalho. A tarefa da Filosofia do Direito, assim, não está atrelada ao conhecimento de uma instância puramente transcendental de

direitos ou valores que se apresentassem como um *a priori* natural a todos os seres humanos. Esclarece Salgado que:

[...] a Filosofia do Direito é uma reflexão sobre o homem, portanto sobre a realidade como totalidade, no momento da cultura manifestada na forma do direito, vale dizer, reflexão sobre o homem uma vez que esse produz a obra de cultura na qual o direito é uma das mais densas manifestações simbólicas. A Filosofia do Direito não é, pois, um conhecimento do direito natural, o que caracterizaria um pré-conceito. É filosofia a partir do direito positivo, na medida em que objetiva encontrar a sua inteligibilidade última, a sua justificação radical. É, ainda, o momento do conhecer filosófico, pelo qual o direito positivo é posto diante do tribunal da razão. Ela tem, portanto, uma dimensão teórica e, ao mesmo tempo, prática. É teórica porque busca a inteligibilidade da forma de expressão cultural que é o direito; é prática por ser também “uma constante reflexão crítica no sentido de fazer o direito cada vez mais justo, no sentido de submetê-lo constantemente ao tribunal da razão”. (SALGADO, 1996, p. 23-24).

A sociedade, assim, não é posterior ao indivíduo. Não resulta de pacto social¹²⁶. Não se mostra possível, também, e por consequência, “repactuar” uma sociedade por meio de um mero plebiscito ou de qualquer instância convencional. A sociedade não se forma ou se transforma em decorrência de um simples ajuste de interesses, mas sim a partir da efetividade do princípio educativo do trabalho, que se afirma pela tradição, e que efetiva historicamente os valores igualdade e liberdade. O convencionalismo desapegado de um *ethos* correlato a uma tradição real sucumbe rapidamente, ainda que tente se afirmar, em algum momento, a partir de um dado que nunca deixará de ser unicamente instrumental ao direito, a coação.

126 Nessas teorias do Direito Natural moderno, partia-se da hipótese de que a sociedade é posterior ao indivíduo, a sociedade resulta do pacto social, ou seja, resulta da associação dos indivíduos que decidem se associar para tornar possível a sua vida em comum, inclusive em função exclusivamente de interesses e não em função de um ideal ético de convivência. Então, para poder possibilitar a sua sobrevivência, o indivíduo inventa a sociedade. O que Hegel verifica nesse tempo em *Lena*, sobretudo, e escreve dois textos fundamentais – Escrito sobre o Direito Natural e Sistema da vida ética -, é que essa solução não supera a cisão do mundo moderno, porque a cisão é exatamente entre moral e sociedade (vida social e política). Se a vida social e política resulta simplesmente de um pacto de interesse, ela é, por definição, uma vida onde a moral não tem lugar (moral no sentido de consciência moral, da consciência do indivíduo, da obediência ou dever). A lei, então, só terá poder coativo porque só tem força em virtude do pacto social (de obrigar o indivíduo a fazer determinada coisa), mas não porque o indivíduo esteja convencido de que aquilo é bom para ele. Ele é obrigado ou pela coação física ou pela conveniência porque, se não obedece à lei, a sociedade se deteriora, se dissolve, e o prejudicado é ele, o indivíduo. (LIMA VAZ, 2014a, p. 177).

Qualquer direito que pretenda se impor tão somente pela força, por estar desvinculado da substância moral de determinado *ethos* social, está fadado à ineficácia por ausência de legitimidade. As reformas no direito positivo devem advir de uma mudança na substância organizacional aferível a partir da realidade, em correspondência à sempre renovável dinâmica de hierarquização de valores, que passam a expressar novo *ethos*, este merecedor de nova simbologia normativa no direito positivo. Não se promove, assim, reforma de “cima para baixo”. Novo compromisso real na sociedade, lastreado em uma *praxis* expressiva de um *ethos* renovado, é que pode a justificar a reforma do direito positivo. Mais: não se pactua uma Constituição. A Constituição deve decorrer de um compromisso real afirmado a partir de uma tradição, sob pena de sucumbir ela no tempo, sobrevivendo sua ineficácia ou inúmeras “reformas constitucionais” que venham a adaptá-la ao estágio de evolução cultural de determinada comunidade. Não o fosse, bastaria aos países em desenvolvimento “importar” os marcos regulatórios ou os textos constitucionais dos países desenvolvidos. Mas, como bem esclarece Daniela Muradas, a Constituição de um Estado “somente pode ser fruto de um ato de consciência de um povo historicamente e culturalmente delimitado e não como incorporação de elementos a ele externos” (REIS, 2002, p. 36).

Da mesma forma, documentos formais que reconhecem os direitos humanos no estrito plano do “dever-ser” não garantem a efetividade dos direitos humanos no plano do “ser”. Assim, “Hegel, ao justificar os Direitos do Homem como direitos essencialmente políticos, conseguiu superar a perspectiva liberal-individualista dos teóricos do Direito Natural moderno, mediante uma concepção orgânica da sociedade e do Estado” (BARROS, 1980, p. 22).

Para que tratados de direitos humanos efetivamente sejam expressivos da garantia de direitos humanos, uma permanente ratificação deste compromisso deve ser feita espontaneamente pela sociedade e institucionalmente pelos Estados. “A liberdade não pode realizar-se senão na medida em que está presente na consciência que o povo formou de si mesmo; dado que, mais simplesmente, todo grupo de homens requer o que ele deseja e não o que ele deveria desejar.” (WEIL, 2011, p. 67). Caso contrário, a universalidade dos direitos humanos deixaria de representar um dado real para figurar como mero dado hipotético, dado este que fundamenta a ciência do direito natural moderna, segundo a doutrina do convencionalismo.

Nesse sentido, “a tarefa a que se propõem as teorias do direito natural moderno será a de assegurar ao indivíduo, na sua passagem ao estado de so-

cidade, os direitos que radicam no seu hipotético estado de natureza original” (LIMA VAZ, 1993a, p. 164). Eis o paradoxo dos direitos humanos lastreados na simples suposição de sua imperatividade como direitos naturais. Lima Vaz detalha magistralmente essa conjuntura de cisão entre o direito positivo meramente pactuado convencionalmente e o *ethos*, afirmando que:

[...] reside aí a raiz provável do paradoxo de uma sociedade obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos e levá-los a uma efetivação concreta nas instituições e nas práticas sociais. Na verdade, entre a universalidade do Direito e as liberdades singulares a relação permanece abstrata e, no espaço dessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre Ética e Direito no mundo contemporâneo: aquela degradada em moral do interesse e do prazer, esse exilado na abstração da lei ou confiscado pela violência ideológica. (LIMA VAZ, 1993a, p. 184)

A efetividade dos direitos humanos só resta verificada, assim, acaso determinada comunidade realize justiça social em uma *praxis* alicerçada no valor trabalho na qualidade de meio de efetividade dos valores liberdade e igualdade. Sem a consolidação desta *praxis* como “ser”, qualquer ideário de revolução ou de reforma assertiva em relação aos direitos humanos estará situado exclusivamente no campo de um “dever-ser” desapegado da realidade, ou seja, de um “dever-ser” de feição meramente ideológica. Sem trabalho como ação axiogênica primária a dar sustentabilidade ao *ethos*, o florescimento de uma primavera cultural de pretensão revolucionária decairá com a chegada de um inverno que permita aflorar mais uma vez a necessidade, e não a liberdade, como determinante da ação humana¹²⁷.

127 Como destacaram Negri e Hardt, “as revoltas árabes inflamaram a partir da questão do desemprego, e o centro delas tem sido a juventude altamente educada, mas cujas ambições são frustradas” (HARDT, 2011). A luta pela democracia formal não veio acompanhada pela substância de projetos políticos alicerçados numa tradição de valores igualdade e liberdade mediadas pelo trabalho, do que decorreu o seguinte balanço histórico negativo: a) Tunísia, onde houve deposição do ditador Zine el-Abdine Ben Ali, em janeiro 2011, passou por nova onda de manifestações entre 2017 e 2018, dirigidas contra o aumento no preço dos combustíveis e nos impostos relacionados à moradia; b) Egito, onde o regime liderado pelo marechal Abdel Fattah al Sisi se apresenta de forma mais brutal e autoritária do que o de Mubarak, com cerca de 60.000 pessoas presas por razões políticas, passando por crise econômica e forte processo inflacionário; c) Líbia, onde as lutas entre facções criaram um vazio de poder ocupado pelo Estado Islâmico, expulso apenas em 2016; d) **Síria, onde persiste guerra civil em razão da qual mais** de 340.000 pessoas perderam a vida, sendo um terço delas

Portanto, não há direitos humanos sem a verificação do trabalho como ação axiogênica. O trabalho digno não simplesmente representa direito humano; a própria efetividade dos direitos humanos supõe o trabalho em sua dimensão axiológica. Enfim, não há direitos humanos sem trabalho.

O trabalho se apresenta como mediador no processo dialético de constituição de um Estado Democrático de Direito, na medida em que este não decorre de mero convencionalismo, mas de sim de uma laboriosa *praxis* ética, por meio do qual o dado metafísico se expressa no existir físico, agora em plano de verificação objetiva, concreta, o Estado.

A partir da compreensão do papel do trabalho na formação da consciência moral, notadamente por sua vocação mediadora na dialética do reconhecimento, elemento fundamental para a organização da sociedade civil e da verificação de seu substrato cultural, ambienta-se momento de organização social para se efetivar o compromisso constitutivo de um Estado Democrático de Direito. O trabalho na história consolida uma tradição que retrata uma consciência do passado em um presente que reforça compromisso com o futuro, o percorrer do espírito na elaboração do conceito, este a se objetivar em um compromisso constitucional de Estado.

O trabalho representa, assim, o próprio princípio explicativo do acontecer histórico e princípio educativo do homem segundo a tradição, *práxis* mediante a qual o Estado aparece como vontade consciente de determinada comunidade histórica. Pelo trabalho, o homem confere sentido à sua existência e reconhece o valor supremo da história¹²⁸. Em magnífica síntese, Lima Vaz resume que “pelo trabalho, o mundo torna-se um mundo-para-o-homem”. (LIMA VAZ, 1998, p. 128)¹²⁹.

civis. Calcula-se que cinco milhões de sírios se refugiaram e outros 6,5 milhões foram deslocados internamente; e) Iêmen, onde a saída de Ali Abdullah Saleh permitiu o golpe houthi, ampliando a miséria que já assolava o país (HARDT, 2011; PINTO, 2012; SANZ, 2017).

128 Nas palavras de Lima Vaz, o homem: “que dominou a natureza por meio de grandiosos instrumentos técnicos, e se organizou na sociedade mais extremamente complexa, permanece confrontado ao desafio maior que esses mesmos triunfos lhe impõem: dar à sua história um sentido verdadeiramente humano. Todos nós estamos convencidos de que tal sentido somente começará a delinear-se quando o homem reconhecer efetivamente que o valor supremo da história, essencialmente superior aos instrumentos, às técnicas, à organização, aos projetos, às ideias, é o homem mesmo, autor da história”. (LIMA VAZ, 1998, p. 98).

129 Complementa o referido filósofo que “o trabalho pode ser entendido, numa primeira aproximação, como o ato humano de transformação da natureza e, portanto, da sua humanização, vindo a constituir-se, como tal, em elemento mediador entre as pessoas que se comunicam por meio da natureza humanamente significada. Sendo mediador, o trabalho estabelece, evidentemente, uma re-

Aqui se compreende a essencialidade do valor trabalho na efetividade da justiça, essa “entendida como a ideia pela qual uma sociedade do trabalho se estrutura em termos de igualdade para, na concepção própria de Hegel, realizar a liberdade na forma do Estado” (SALGADO, 1996, p. 388). Não há Estado Democrático de Direito sem justiça social afirmada pelo valor trabalho. Ensina Salgado que:

[...] com o advento da sociedade civil, o Estado (sentido amplo), se quer ser um Estado ético (no sentido estrito), tem de atender ao princípio de justiça social, pelo qual a sociedade civil, na sua forma de puro sistema das necessidades e de produção, tem de gerar um sistema ético pelo qual ela seja controlada no sentido da imposição de uma racionalidade de vida, sem a qual o espectro do estado de natureza, dialeticamente sempre presente como pólo negativo da eticidade, se faria real, como nas sociedades em que a desordem da divisão se faz sentir. (SALGADO, 1996, p. 380-381)

Há que se concluir, assim, que a valorização do trabalho humano não deve representar mera demanda de categoria ou de classe, mas um imperativo constitutivo de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, esteado na justiça social por ele diuturnamente afirmada em seu conceito. A constituição de um Estado representa mais do que simples pacto social entre consciências individuais. “A constituição de um povo determinado depende, em geral, do modo e da cultura da autoconsciência do mesmo.” (HEGEL, 2010, p. 259).

lação entre os termos que a sua mediação deve dialeticamente unir. Da parte do homem, tal relação tem como fundamento – sendo o trabalho um ato da pessoa – a esfera própria de manifestação do pessoal, a razão e a liberdade. Sobre esse fundamento, o termo da relação do trabalho constitui-se, no homem, como um ato voltado para a esfera exterior à sua imanência de sujeito espiritual; e tal tarefa vem a ser, precisamente, o termo objetivo da relação de trabalho. Esta, então, é constitutiva do homem como ser-em-situação, ou ser situado num horizonte de mundo. Relação constitutiva ou primeira: por ela, com efeito, o homem situa-se no mundo, não como uma coisa submetida aos seus determinismos, mas como um sujeito que luta e se esforça por definir a sua situação-no-mundo em termos de transcendência sobre o mundo. Compreender e transformar o mundo para finalizá-lo segundo as exigências e necessidades do sujeito: eis a intenção original que estabelece, entre o homem e o mundo, a relação de trabalho. O trabalho revela-se pois, originalmente, como luta do homem para dar à sua situação no mundo uma significação humana. Trata-se de uma luta: pois o mundo opõe-se ao homem na sua inércia, no seu determinismo, nos seus enigmas, nas suas ameaças, na raridade dos recursos que ao próprio homem são necessários. Mas é a significação humana conferida a essa luta – ou o finalismo humano nela inscrito – que a torna verdadeiramente trabalho. [...] Como razão e liberdade – como pessoa –, o homem transcende a natureza e, por isso, a sua relação primordial com ela assume a forma de um afrontamento, de uma conquista, da construção de um sentido humano para a sua presença no mundo: assume a forma do trabalho” (LIMA VAZ, 1998, p. 126-127).

Assim, é “essencial que a constituição, embora surgida no tempo, não seja vista como algo feito; pois ela é antes pura e simplesmente sendo em si e para si” (HEGEL, 2010, p. 259). A Constituição deve retratar a essência de um compromisso real efetivamente aferível a partir das instâncias de reconhecimento social, notadamente aquela mais relevante: o trabalho. A substancialidade de uma Constituição não reside, assim, em seu texto escrito, mas na efetividade da ideia ética que ela representa. “O Estado é a efetividade da ideia ética.” (HEGEL, 2010, p. 229). “O Direito é definido por Hegel como a ‘liberdade realizada’.” (LIMA VAZ, 1980, p. 24).

Nas palavras de Lima Vaz, “entre a proclamação formal dos direitos e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos aos quais eles são atribuídos, estende-se um vasto espaço, ocupado por formas antigas e novas de violência”. (LIMA VAZ, 1993a, p. 140). Convergingo com o pensamento de Lima Vaz, Weil pontua que o “Estado do acordo formal está a ponto de degenerar num Estado de violência em que os indivíduos nem detêm nem buscam o lugar que lhes é atribuído por suas qualidades e onde tudo se torna questão de força e de medo, de dominação e de revolta” (WEIL, 2012, p. 217).

Mais relevante do que o texto constitucional escrito é a *praxis* de permanente ratificação do compromisso constitucional. “O consenso fundamental que une os cidadãos na aceitação da própria constituição (*politeia*) é essencialmente mútuel e deve ser permanentemente ratificado.” (LIMA VAZ, 1989, p. 8). Esclarece Salgado que “não há Estado sem constituição, embora a constituição possa não ser escrita. Um Estado sem constituição seria a própria sociedade civil, que, contudo, não existe fora do Estado ou anterior ao Estado”. (SALGADO, 1996, p. 410).

Weil tece preciosa crítica às correntes da Filosofia do Direito ou do Direito Constitucional que remanesçam condicionadas ao texto formal de uma Constituição, sustentando que “não haverá força que não corresponda à constituição real, histórica, à constituição da nação: antes de tudo, é preciso tomar a palavra constituição no sentido que ela tem em fisiologia” (WEIL, 2011, p. 68). Complementa o referido filósofo que:

[...] os juristas europeus do século XIX nos acostumaram a considerar, segundo as ideias das revoluções americana e francesa, a constituição como um ato jurídico, um documento redigido após deliberação, discussão, voto, seja do povo, seja de seus representantes, seja de ambos. Nada disso se encontra em Hegel: “Dado que o espírito só é real como o que se sabe ser e que o Estado, enquanto espírito de um povo, é ao mesmo tempo a lei que penetra todas as suas relações (interiores),

a tradição (*Sitte*) e a consciência de seus indivíduos, a constituição de dado povo depende em princípio (*uberhaupt*) da maneira de ser (*Weise*) e do grau de formação intelectual e moral (*Bildung*) da consciência-de-si desse povo; é nesta consciência-de-si que reside sua liberdade subjetiva (i.e., desse povo) e, com ela, a realidade (*Wirklichkeit*) da constituição. (WEIL, 2011, p. 66-67).

O trabalho não conta com fim em si próprio, porquanto é meio para a efetividade do valor liberdade, este sim representativo da finalidade humana na constituição de seu mundo de cultura. Mas como processualidade de manifestação da liberdade na história, o trabalho tem em seu “ser” e em seu “dever-ser” a própria efetividade histórica do *ethos*, que, em termos objetivos, resta consolidada na substância constitucional de um Estado.

Trabalho é meio de reconhecimento, e o Estado se faz como lugar objetivo de reconhecimento. Pelo trabalho o homem eleva a consciência particular à universalidade. “O homem na sociedade trabalha; é assim que, agindo em seu interesse particular, ele age para todo o mundo.” (WEIL, 2011, p. 104). Reconhece-se a “Hegel o mérito de ter visto no trabalho a essência da vida do homem moderno na sociedade” (WEIL, 2011, p. 106).

Mas como o trabalho não representa fim em si próprio, a sociedade civil por ele organizada não pode ser vista como um fim em si, mas uma realidade ordenada a outra, essa sim a se impor por si e para si: o Estado. É “no Estado que a razão está presente, porque o cidadão é a ‘consciência particular elevada à universalidade’, e o Estado ‘é a vontade do homem enquanto ele quer razoavelmente, enquanto ele quer a vontade livre’” (PERINE, 1982, p. 43).

Enfim, o “Estado é o resultado dialético (PhB § 256 e Anm.) ou a realidade efetiva (.*Wirklichkeit*) da ideia ética (PhB § 257). Na lógica imanente à dialética do Espírito objetivo ou da sociedade, é o momento da universalidade concreta (§ 258 e Anm.)” (LIMA VAZ, 1980, p. 26). Como bem descreve Perine:

[...] Hegel não diz que a sociedade civil seja um fim último, como o faz para a família e para o Estado. Isto porque uma realidade social é dita fim último não somente quando ela se impõe por si, sem depender no seu valor obrigatório dos indivíduos, mas se esta se impõe também para si, sem ser ordenada a fins particulares dos indivíduos. Portanto, enquanto em relação aos bens não espirituais dos indivíduos, o Estado é um fim último porque, como realidade absolutamente razoável, impõe-se por si e para si como fundamento da liberdade objetiva dos indivíduos e, assim, como fim último no âmbito dos bens não espirituais Família e Estado como fim último. (PERINE, 1982, p. 45)

A ausência de autorrespeito e de identificação comunitária numa sociedade de riqueza concentrada e não distribuída igualmente a partir do mérito reconhecido pelo trabalho acaba por romper com a organicidade de uma vida ética apta a ser objetivada em Estado. Massifica-se uma plebe em vez de se organizar-se um Estado. “O que preocupa Hegel é antes de tudo o aparecimento dessa multidão, dessa massa, desse populacho que mantém relativamente ao Estado o ponto de vista negativo, que constitui um partido no sentido próprio do termo.” (WEIL, 2011, p. 110).

O sistema de necessidades pauta “uma intensificação da divisão do trabalho, à crescente subdivisão dos empregos e ao crescimento de um proletariado que está ligado a esse tipo de trabalho” (TAYLOR, 2014, p. 475). Taylor explica que:

[...] esse proletariado empobrece tanto materialmente como também espiritualmente pela estreiteza e monotonia do seu trabalho. Porém, uma vez que as pessoas são reduzidas desse modo tanto no plano material como no espiritual, elas perdem o senso de autorrespeito e sua identificação com a comunidade toda, deixando realmente de estar integradas nela e convertendo-se em “população” (Pobel). A produção dessa população acompanha a concentração da riqueza em poucas mãos. (FD, par. 244). (TAYLOR, 2014, p. 475)

No plano do Estado, a normatividade de um *ethos* subsumido de uma tradição universal (e nunca parcial, mormente se esse “partido” decorre da concentração de riquezas que o distingue como populacho) assume feição objetiva. Não há Estado em que a tônica social está sendo determinada pelo carecimento, pela pobreza, por um ciclo de concentração de riqueza determinativo da conformação de uma faixa de excluídos, de uma plebe. “Sem o reconhecimento de seu valor social, sem um lugar para ele na comunidade do trabalho, o homem não tem nenhuma relação com nada e recai no estado de natureza, no estado de violência.” (WEIL, 2011, p. 115). Ou como ainda pondera Weil:

[...] não é por maldade que o proletário não participa do Estado e da civilização, não é por preconceito que ele não tem pátria, que lhe falta o senso de honra, que ele não obedece às leis da moral: a sociedade é tal que produz necessariamente esse mal, e esse mal permanecerá enquanto o Estado não souber ou não puder impor uma organização racional com vista da realização da liberdade, do reconhecimento de todos por todos. (WEIL, 2011, p. 111-112)

O deve-ser objetivado no Estado Democrático de Direito afirma-se como vontade consciente e universal de preservação da normatividade do *ethos*, cuja

continuidade da manifestação histórica depende da preservação do mecanismo básico de sua processualidade, qual seja, o trabalho.

No Estado Democrático de Direito, o valor trabalho não expressa mera demanda da classe trabalhadora, mas seu suposto existencial. Preservar o trabalho no Estado significa preservar o próprio Estado. Como bem descreve Daniela Muradas o “reconhecimento, que se assenta na dignidade da profissão, permite a universalização do sujeito econômico e a afirmação do sujeito político, mediando, pois, a passagem da sociedade civil ao Estado” (REIS, 2002, p. 97).

Determinada comunidade só atinge momento organizacional de Estado acaso objetive normativamente uma vontade consciente e substancial de resguardar aquilo que a um só tempo ela já é e deve ser: uma comunidade efetivada historicamente por meio do trabalho livre. “Há em Hegel uma profunda preocupação social de inserção da plebe pelo trabalho.” (REIS, 2002, p. 95).

A racionalidade completa do Estado o coloca em posição antagônica a um ambiente de desigualdade social, legitimada por uma divisão social do trabalho fundada na subjugação de um homem ao outro (trabalho subordinado). No Estado, não há divisão social do trabalho; há organização social pelo trabalho.

O momento em que o reconhecimento processualizado pelo trabalho na sociedade civil ganha consciência objetiva de si é o momento do Estado, pois a preservação deste mecanismo de reconhecimento para a efetividade da liberdade passa a representar um imperativo em si e para si numa comunidade ética. No momento do Estado, já há uma tradição mediada pelo trabalho, numa processualidade que pretende (pré-tender, tender antecipadamente) manter sua realidade de efetividade dos valores igualdade e liberdade.

Há num Estado uma consciência de que a pretensão de efetividade dos valores igualdade e liberdade a um só tempo supõe e realiza assertivamente uma justiça social. Se a sociedade civil está marcada pela processualidade do trabalho, o Estado está marcado pela consciência de sua finalidade em prol da efetividade da liberdade. Nas palavras de Hegel “o Estado é a substância ética consciente-de-si” (HEGEL, 2017, p. 305). Se a sociedade civil convive contingencialmente com a desigualdade, no plano do Estado essa contingência passa a ser inadmissível, e sua erradicação se apresenta como objetivo. “A desigualdade é insolúvel no plano da sociedade civil, só podendo ser superada por uma estrutura a ela superior, de racionalidade completa – o Estado. A finalidade do Estado então passa a ser superar o determinismo do sistema de necessidades.” (REIS, 2002, p. 101). Taylor detalha a funcionalidade do Estado frente à sociedade civil afirmando que:

[...] para Hegel, a sociedade civil deve, portanto, ser mantida em equilíbrio mediante sua incorporação numa comunidade mais profunda. Ela não pode governar a si mesma. Seus membros precisam da fidelidade a uma comunidade superior que os afaste do objetivo do autoenriquecimento infinito e, em consequência, da autodestruição da sociedade civil. [...] Chegamos agora ao Estado, que é a realização plena da Ideia da *Sittlichkeit*, isto é, a comunidade em que o bem é realizado na vida comum. (TAYLOR, 2014, p. 477).

O Estado personaliza o Bem comum com o objetivo de preservá-lo em evolução. A desigualdade, que na sociedade civil representa uma contingência, no Estado representa violação capital que coloca em risco sua própria existência. Como bem descreve Lima Vaz, o Estado é a:

[...] expressão a mais ampla e eficaz do bem comum e da sua força personalizante, a ele caberá normalmente, num plano que a eficácia limitada dos indivíduos e das comunidades intermediárias não alcança, uma necessária função de planificação, de decisão, de orientação global que permitirá às pessoas e aos grupos – sem discriminação anárquica dos interesses privados – o exercício da sua dignidade e a efetivação dos seus objetivos no corpo político e na sua vida sócio-econômica. (LIMA VAZ, 1998, p. 115)

Representa dever do Estado, assim, interferir na economia, no escopo de preservação do Bem comum. O Estado que abandona este mister deixa de ser Estado. Como salienta Perine, uma “política econômica impõe-se como necessidade vital para o Estado, uma vez que o aparecimento da plebe, que olha o Estado do ponto de vista do negativo, produto da sociedade do trabalho, põe em risco o próprio fundamento do Estado”. (PERINE, 1992a, p. 552). Toda política econômica efetivamente estatal não pode perder de vista, assim, que “o direito ao trabalho universal e livre e à sua adequada remuneração passa a ser o núcleo axiológico da civilização” (LIMA VAZ, 1993a, p. 162).

Conclui-se, assim, que no Estado Democrático de Direito, o trabalho não representa um simples bem jurídico a ser protegido em paralelo ao dado econômico, mas sim a própria ação dinamizadora do reconhecimento social necessário à elevação da consciência constitutiva de toda juridicidade, inclusive a de ordem econômica. Em termos: o Estado não simplesmente serve para proteger o trabalho; ele supõe o trabalho em sua feição axiogênica para se constituir como vetor de efetividade dos valores liberdade e igualdade. Portanto, o Estado não representa entidade extrínseca ao trabalho que deve a este proteger. O próprio Estado o é pelo trabalho. Sem trabalho axiogênico não há Estado.

REFERÊNCIAS

- BARROS, José Adilson. A concepção hegeliana dos direitos humanos. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, FAJE, v. 7, n. 18, p. 21-31, 1980.
- DRUMMOND, Arnaldo Fortes. Introdução. Perfil hegeliano do filósofo cristão. In: LIMA VAZ, Henrique C. **A formação do pensamento de Hegel**. São Paulo: Loyola, 2014. p. 11-91.
- REIS, Daniela Muradas. **Trabalho, Ética e Direito**: os fundamentos da ética hegeliana para restrição jurídica da negociação coletiva. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.
- HARDT, Michael. Negri e Hardt escrevem sobre a revolta árabe. **Outras Palavras**, 25 fev. 2011. Disponível em: <https://outraspalavras.net/posts/arabes-desbravam-uma-nova-democracia/>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**: linhas fundamentais da filosofia do direito ou direito natural e ciência do estado em compêndio. Trad. Paulo Meneses [et al.]. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.
- HEGEL, G. W. F. **Enciclopédia das ciências filosóficas**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2017. v. III: A filosofia do espírito.
- LIMA VAZ, Henrique C. **Escritos de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola. 1998. v. I: Problemas de fronteira.
- LIMA VAZ, Henrique C. **A formação do pensamento de Hegel**. São Paulo: Loyola, 2014a.
- LIMA VAZ, Henrique C. **Escritos de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1993a. v. II: Ética e cultura.
- LIMA VAZ, Henrique C. **Escritos de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1993b. v. III: Filosofia e cultura.
- LIMA VAZ, Henrique C. Democracia e dignidade humana. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, FAJE, v. 14, n. 44, p. 11-25, 1988.
- PERINE, Marcelo. A constituição do político na tradição ocidental. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, FAJE, v. 19, n. 59, p. 543-574, 1992a.
- PERINE, Marcelo. A essência do Estado nos §§ 257 e 258 da Filosofia do Direito de Hegel. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, FAJE, v. 11, n. 30, p. 41-49, 1982.
- PERINE, Marcelo. A modernidade e sua crise. **Síntese Nova Fase**, Belo Horizonte, FAJE, v. 19, n. 57, p. 161-178, 1992b.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.
- TAYLOR, Charles. **Hegel**: sistema, método e estrutura. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

WEIL, Eric. **Hegel e o Estado**: cinco conferências seguidas de Marx e a filosofia do direito. São Paulo: É Realizações Editora, 2011. (Coleção Filosofia Atual)

WEIL, Eric. **Lógica da filosofia**. São Paulo: É Realizações Editora, 2012. (Coleção Filosofia Atual)

PARTE III

O PAPEL DO
SINDICALISMO PARA
A EFETIVIDADE DOS
DIREITOS HUMANOS
SOCIAIS

O SINDICALISMO NO SISTEMA CAPITALISTA E NA DEMOCRACIA: PAPEL ESTRUTURAL

Mauricio Godinho Delgado

Doutor em Filosofia do Direito (UFMG) e Mestre em Ciência Política (UFMG). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) desde 2007. Ex-Presidente da Comissão de Documentação e Memória do TST (2020-2022), sendo atualmente Diretor da Enamat, (2022-2024). Magistrado do Trabalho há mais de 33 anos. Advogado por mais de 10 anos, até novembro de 1989. Professor Universitário há mais de 44 anos, sendo hoje professor titular do UDF e de seu mestrado em direito das relações sociais e trabalhistas (2014-...). Coordenador do grupo de pesquisa sobre sindicalismo, com composição nacional e internacional, no mestrado em direito do UDF, registrado no CNPq. Ex-professor da UFMG (1978-2000) e ex-professor da PUC-Minas (2000-2012). Autor de mais de 35 livros e mais de 130 artigos em direito constitucional, direito do trabalho, direito processual do trabalho, direitos humanos sociais e ciência política.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar as interconexões entre capitalismo e sindicalismo e suas entidades componentes, a par das interconexões entre sindicalismo e democracia.

Para tanto analisa, primeiramente, o surgimento do sistema capitalista, desde as suas primeiras manifestações na Inglaterra dos séculos XVI até XVIII, passando pela Revolução Industrial, que se espalha para a Europa Ocidental nas primeiras décadas do século XX, a par de também para os Estados Unidos da América, ao menos nos estados do nordeste e norte daquele novo país.

Menciona o texto também a correlação que existe entre o capitalismo emergente na Europa Ocidental com as economias extrativistas e escravagistas criadas, pelos próprios europeus, nas Américas, a par do domínio de países, pelos europeus, capitaneados especialmente pela Inglaterra, também em regiões da África e da Ásia.

Nesse quadro, o texto examina o surgimento do sindicalismo nos países de capitalismo central, no interior da primeira fase do sistema socioeconômico e durante a sua evolução histórica. Indica que a estruturação do movimento sindical, não obstante as inúmeras e poderosas adversidades por ele sofridas, evidenciou um papel decisivo no estabelecimento de determinados limites à exploração capitalista estabelecida nesses países, de maneira a atenuar ou superar a dominação e a espoliação sem peias característica da primeira fase do sistema econômico.

De igual sorte o artigo também faz a conexão entre o surgimento do movimento sindical e de suas entidades componentes no processo de construção da Democracia em terras ocidentais, inicialmente também nos países de capitalismo central.

Demonstra o estudo que o fenômeno democrático, em sua estrutura e dinâmica contemporâneas, não seria realizável e compreensível sem a percepção do papel cumprido pelo movimento sindical no interior dessas sociedades e economias.

O estudo faz parte das pesquisas e reflexões realizadas no mestrado em direito das relações sociais e trabalhistas do UDF, em Brasília/DF, onde este autor atua, integrando-se a projeto de pesquisa e a grupo de pesquisa organizados em torno do assunto naquele profícuo ambiente acadêmico.

1. O PAPEL DO SINDICALISMO NO SISTEMA CAPITALISTA

O presente item deste artigo analisa o papel do sindicalismo e das entidades sindicais no sistema capitalista, atuando como veículos de organização e representação dos trabalhadores nos diversos nichos da economia e da sociedade. Nesse cenário, o sindicalismo é direcionado ao diálogo, resistência e/ou influência de natureza coletiva perante o empresariado e as demais instituições, no plano da sociedade civil, especialmente de seu mercado econômico e de trabalho, mas também perante o Estado, suas instituições e as autoridades públicas.

Para tanto, o texto examinará a estruturação do sistema capitalista e da própria classe trabalhadora no contexto de sua formação histórica original, que ocorreu, essencialmente, na Europa Ocidental, a par de também em determinados estados componentes dos EUA, especialmente os do norte e do centro daquele país.

Em seguida, passará à análise das diversas funções que as entidades sindicais e o movimento sindical desempenham no sistema capitalista, tendo como foco preponderante, por ora, o exemplo oriundo dos países de capitalismo originário, especialmente situados na Europa Ocidental, embora com nítida aplicação nas demais partes do globo, especialmente na América Latina e, por consequência, no Brasil.

2. A ESTRUTURAÇÃO DO CAPITALISMO E DA CLASSE TRABALHADORA NO CONTEXTO DO SISTEMA SOCIOECONÔMICO ORIGINÁRIO

O sistema capitalista surge na Europa Ocidental entre o século XVI e o século XVIII, espalhando-se para diversos países europeus ao longo do século XIX e também para diferentes estados integrantes dos EUA, especialmente os do nordeste e norte, igualmente neste mesmo século.

Nos cem anos subseqüentes, no século XX, tornou-se, sem dúvida, um sistema mundial, atingindo os diversos quadrantes do globo. Nesse extenso lapso temporal, reuniu, com clareza, algumas de suas características mais distintivas, no tocante à sua formação e também ao seu desenvolvimento e mais recente configuração¹.

1 A análise da formação histórica do sistema capitalista, a partir da experiência histórica europeia, particularmente, no início, a britânica, e logo em seguida, já no século XIX, a europeia também

Citem-se algumas dessas características distintivas – as quais não ocorreram, nem ocorrem, necessariamente, em seu conjunto, no exato mesmo país, região ou marco temporal: no início, uma atividade comercial intensa, espalhando-se pelo ocidente europeu e se concentrando em enormes cidades mercantis da Itália, Holanda e Inglaterra, por exemplo; uma subsequente e contínua unificação das regiões européias em torno dos Estados Nacionais, facilitando a geração da realidade e do conceito de um mercado econômico nacional; ainda em suas épocas iniciais, o surgimento de uma política pública estatal típica desses novos Estados Nacionais europeus, que se estende, essencialmente, desde o século XV até o século XVIII, a qual passa a estimular mais firmemente o comércio do respectivo país, especialmente para o exterior, por meio da política econômica denominada mercantilista; no contexto desse cenário, o fortalecimento de uma cada vez mais rica classe empresarial, voltada à busca incessante da produção, circulação, distribuição e acumulação de bens e riquezas e à criação de novas formas de atuação econômica e política.

Citem-se também: a decomposição incessante do antigo sistema produtivo feudal europeu, seja pelo êxodo da população campesina para as cidades, seja pela crescente subordinação da produção artesanal e manufatureira tradicionais a empreendedores capitalistas surgidos; um processo de urbanização crescente, criando cidades populosas, com uma massa de trabalhadores disponíveis para o recrutamento pelas novas formas produtivas criadas pelo capitalismo. Mais do que isso, uma crescente classe trabalhadora destituída de meios de produção e desvinculada dos laços servis que a atavam ao sistema produtivo feudal europeu; em síntese, neste caso, um enorme conjunto disponível de trabalhadores juridicamente livres, embora extremamente pobres.

Aponte-se, ainda, com especial ênfase, um pouco mais à frente, já no século XVIII, a estruturação de novo modelo de produção distinto e mais abrangente do que o artesanato e a manufatura, consistente na **fábrica** (ou, na famosa expressão de Marx, a “grande indústria”), que deu origem ao novo e poderoso segmento industrial da economia, originado especialmente a partir da Inglaterra.

continental, a par da norte-americana, foi extraída com suporte em diversas fontes bibliográficas, que realizam importantes pesquisas e reflexões sobre esse sistema econômico. Citem-se, ilustrativamente, observada a ordem alfabética dos autores: CATTANI e HOLZMANN, 2006; DE DECCA e MENEGUELO, 2009; DELGADO, 2017; DELGADO, 2020; DOBB, 2015; FREEMAN, 2019; HARARI, 2018; HOBBSAWN, 2019; HOBBSAWN, 2016; HUNT e LAUTZENHEISER, 2013; HUNT e SHERMAN, 2017; INIKORI, 2009; REZENDE FILHO, 2016; SWEEZY, 2004; WILLIAMS, 2012.

Indiquem-se, por fim, o surgimento de correntes de pensamento favoráveis às atividades comerciais e industriais capitalistas, em contraponto à ideologia dominante no feudalismo, que era adversa às ideias de lucro, de juros, de produção, circulação e acumulação de riquezas, todas elas típicas e dominantes no cotidiano do novo sistema econômico em estruturação e de sua classe empresarial dirigente, a burguesia. Essas novas ideias passam pelas reformas religiosas protestantes deflagradas a partir do século XVI, na Europa (e pela posterior adaptação da Igreja Católica Romana ao capitalismo e seu ideário), como também pelo advento do racionalismo no pensamento filosófico e político e, mais à frente, pelo despontar e afirmação do liberalismo (seja o econômico, seja o filosófico, seja o político).

Evidentemente que atividades comerciais pujantes já haviam sido encontradas em diversas outras fases históricas passadas, até mesmo na Idade Antiga, quer no oriente, quer no ocidente, sem que, por correlação, se pudesse falar na presença do sistema socioeconômico capitalista nessas experiências históricas específicas remotas. Do mesmo modo, o trabalho livre, subordinado e oneroso também já existia antes do advento do capitalismo, embora fosse meramente residual nas sociedades históricas anteriores, não tendo correlação, igualmente, com a presença do capitalismo em tais realidades socioeconômicas passadas. Ademais, enormes centros urbanos também existiram em períodos históricos precedentes ao sistema capitalista, sem que se pudesse inferir qualquer correlação sólida entre os dois fenômenos em tais épocas antigas.

A distinção que parece marcante, pois, na Europa Ocidental dos séculos XVI em diante, foi a ampla presença de diversos fatores tradicionais, já vivenciados na história (atividade comercial intensa; segmento socioeconômico amplo, diversificado, próspero e crescente vinculado à direção e dominância de tais atividades mercantis; segmento social relevante de trabalhadores livres, aptos a serem conectados às novas atividades produtivas), em conjugação com a ampla presença, igualmente, de fatores novos, típicos de novo sistema socioeconômico em estruturação.

Entre esses fatores novos, citem-se, por exemplo, a presença de políticas públicas incisivas de estímulo ao novo sistema econômico, quer por meio do mercantilismo, em um primeiro momento – que durou alguns séculos, como visto –, quer por meio do liberalismo, em um segundo momento; o incentivo estatal e do novo ideário surgido em favor das diversas atividades econômicas do novo sistema em formação, seja no campo da produção dos bens – ago-

ra compreendidos como mercadorias, isto é, bens para o mercado –, seja no campo de sua circulação, seja quanto à sua distribuição, seja no tocante às atividades de suporte e incentivo ao novo sistema, como, ilustrativamente, as atividades de financiamento e as atividades e obras infraestruturais; a formação de um largo espectro de trabalhadores livres, mas destituídos de riqueza e de poder, aptos a serem conectados, ainda sem direitos e proteções, ao novo sistema econômico; o surgimento da indústria, por meio da revolução industrial deflagrada na Inglaterra no século XVIII e, em seguida, espreada para outros países europeus e alguns estados componentes dos EUA.

A partir do século XIX, o capitalismo já se mostrava um sistema muito bem caracterizado, complexo e diferenciado em face de qualquer outro sistema socioeconômico anterior, tendendo à mundialização cada vez mais rapidamente (fato que ficaria mais pronunciado ainda durante o século XX). Sua força motora irá subordinar economias ao largo do globo, especialmente as então denominadas economias coloniais (na África, na Ásia e nas Américas), que extraíam ou produziam matérias-primas minerais e mercadorias agropecuárias para a exportação e funcionamento dos países capitalistas líderes desse sistema na Europa e nos Estados Unidos da América, grande parte das vezes mediante a utilização do trabalho escravo.

Tempos depois, já no século XX, esse processo de produção de mercadorias primárias para os países centrais capitalistas se estenderia também para outros países capitalistas emergentes em diversas partes do globo terrestre. De todo modo, as economias coloniais, ditas periféricas, igualmente davam consistência ao capitalismo originário despontado – dito central –, na qualidade de centro produtor e exportador de matérias-primas, conforme exposto, além de mercado consumidor dos bens produzidos pela indústria crescente europeia e norte-americana.

A criação da indústria capitalista pela denominada Revolução Industrial (hoje considerada a primeira grande revolução tecnológica do sistema capitalista) teve papel muito importante na caracterização, evolução e crescimento do capitalismo. Teve papel muito importante também na estruturação de uma classe trabalhadora ampla e concentrada em grandes nichos geográficos específicos – as cidades industriais surgidas a partir da Inglaterra e, posteriormente, características do capitalismo na Europa, EUA e, mais à frente, em todo o globo terrestre.

Com a subsequente generalização do sistema capitalista aos países europeus e aos EUA, ainda na primeira fase do sistema capitalista, o modo de organização de todo o sistema socioeconômico foi se amoldando às peculiaridades tipicamente capitalistas, atingindo o setor financeiro, comercial, de logística, extrativo mineral, agrário etc. O uso da força de trabalho subordinada e assalariada se amplia, os métodos de organização do sistema laboral no interior das empresas, à base de uma crescente distribuição de tarefas e de uma disciplina concentrada e vertical, se generalizam, ao passo que a produção de bens e serviços para o mercado se torna a pedra de toque de funcionamento de todo o sistema econômico.

Evidentemente que, no cenário das colônias e, em seguida, nos novos países independentes das Américas, Ásia e África, a lógica capitalista era muita mais crua e despótica. Assim, o mesmo sistema que alardeava o liberalismo econômico, político e jurídico na Europa, nos séculos XVIII e XIX, e, até mesmo, nos EUA, convivia, cinicamente, com um regime privado repressivo da força de trabalho, à base da escravidão imposta à população negra trazida coercitivamente de países africanos. Registre-se que esse ignóbil, violento e estúpido regime repressivo de força de trabalho durou vários séculos nas dezenas de países que o adotaram dentro do ciclo histórico de criação e crescimento do capitalismo. Nessas regiões e países coloniais e escravistas (ou em parte deles, pelo menos – como no caso dos EUA), se estruturaram economias e sociedades essencialmente extrativistas, de pura e simples exploração dos recursos naturais e da pessoa humana trabalhadora escravizada, com marcas institucionais, políticas e culturais segregacionistas, excludentes e racistas que iriam se preservar, ainda que indiretamente, até mesmo em pleno século XXI em diversos desses países (*vide*, por exemplo, grande parte do sul dos EUA e grande parte da história excludente de vários países latino-americanos, inclusive, lamentavelmente, o Brasil). Esse sistema extrativista mineral e monocultor agrário, gerando produtos primários dos trópicos para entrega na Europa e em outros países capitalistas, era parte integrante da formação e crescimento do novo sistema capitalista, embora seus teóricos europeus, naquela época, hipocritamente, jamais aceitassem tal vinculação.²

2 Sobre essa forte vinculação entre os sistemas econômicos repressivos e despóticos estruturados nas Américas – à exceção de algumas colônias inglesas do nordeste do futuro EUA –, caracterizados pela extração mineral e produção monocultora agrária, à base da força de trabalho submetida à escravatura, especialmente da população negra trazida da África, e o sistema capitalista nascente

A classe trabalhadora que se forma no processo de estruturação do sistema capitalista originário, em sua base europeia e do norte dos EUA, embora se torne, nas economias tipicamente industriais, o segmento mais numeroso da população envolvida no mercado de trabalho, não consegue apresentar, em suas primeiras décadas de convivência e enfrentamento perante o sistema capitalista emergente, uma clara compreensão da lógica de operação do sistema e, ainda mais relevante, uma clara estratégia de enfrentamento eficaz em face de sua força opressiva e desigual.

Essa fase originária somente começaria a ser superada a partir do século XIX, especialmente no contexto das experiências trabalhistas ocorridas na Europa Ocidental.

3. O PAPEL DO SINDICALISMO E DAS ENTIDADES SINDICAIS DE TRABALHADORES NO SISTEMA SOCIOECONÔMICO CAPITALISTA

A crescente população de trabalhadores e trabalhadoras que foi inserida no sistema produtivo capitalista europeu passou por uma fase inicial de intensa espoliação e exploração, sem quaisquer direitos e garantias, envolvendo, inclusive, mulheres e, até mesmo, crianças nesse processo produtivo despótico então estruturado. Jornadas muito alargadas – há registros de práticas corriqueiras superiores a 13/14 horas de trabalho ao dia –, salários miseráveis, disciplina fabril implacável, o mais absoluto unilateralismo de poder em todas as fases contratuais existentes, ausência de qualquer proteção e garantias contra doenças e acidentes do trabalho no curso do contrato, ausência de qualquer proteção ao emprego etc. Em suma, um cenário de agressividade e exploração amplas nas primeiras fases de evolução do sistema capitalista³.

Nesse primeiro período, a classe trabalhadora ainda não havia conseguido encontrar os mecanismos necessários e eficientes para a sua defesa, proteção

e em desenvolvimento na Europa, consultar, ilustrativamente, os seguintes estudos: BLACKBURN, 2010; DOBB, 2015; HOBBSAWN, 2019; HOBBSAWN, 2016; HUNT e SHERMAN, 2017; HARARI, 2018; INIKORI, 2009; REZENDE FILHO, 2016; TOMICH, 2011; WILLIAMS, 2012.

3 É bastante ampla e consolidada a pesquisa científica e histórica sobre esse período inicial do sistema capitalista na Europa Ocidental, inclusive com a intensa exploração da força de trabalho na respectiva fase do sistema socioeconômico, que foi caracterizada pela ausência de uma política trabalhista protetiva e civilizatória em relação a trabalhadoras e trabalhadores. Citem-se, a título de ilustração, as seguintes obras: DE DECCA e MENEGUELO, 2009; DELGADO, 2017; DELGADO, 2020; DELGADO, 2017; FREEMAN, 2019; GOMES e GOTTSCHALK, 1972; HARARI, 2018; HOBBSAWN, 2019; HOBBSAWN, 2016; HUNT e SHERMAN, 2017; RUSSOMANO, 2000.

e enfrentamento dos desafios trazidos pelo sistema econômico e social capitalista, com as suas fórmulas exploratórias dominantes de contratação e gestão da força de trabalho.

Embora a ideia de reunião, agregação e organização coletiva dos trabalhadores já tivesse surgido no início do século XVIII – há registro de organizações sindicais de trabalhadores no começo do referido século, na Inglaterra, ainda que com epítetos diversos (associação; liga; cooperativa, etc) –,⁴ o fato é que ainda não se encontrava bem formulada qualquer estratégia de enfrentamento eficiente dos enormes problemas antepostos aos trabalhadores nesse período. Vários fatores atuavam nessa direção.

De um lado, os direitos de reunião e de associação, especialmente o de associação de caráter sindical, ainda não eram autorizados, pela ordem jurídica, aos trabalhadores em qualquer país europeu, prevalecendo, ao invés, a tendência à criminalização das atividades sindicais e de vários aspectos dos movimentos sindicalistas (greves; manifestações; etc.). A Inglaterra eliminou a descriminalização das atividades sindicais apenas na década de 1820 (cem anos após o surgimento do sindicalismo no país), por meio dos *Tolerations Acts*. Diferentemente desse país pioneiro, os demais países europeus somente seguiram essa tendência democrática mais de quatro décadas depois, e mesmo assim, paulatinamente, ao longo da segunda metade do século XIX⁵.

De outro lado, no contexto dessa política pública hostil ao sindicalismo, as pressões e violências contra os trabalhadores também ocorriam no ambiente empresarial, açuladas pelo caráter absoluto que se conferia ao poder empregatício no quadro da ordem jurídica e política da época – o liberalismo então originário.

Desse modo, em meio a essa ambientação geral gravemente adversa, prevaleciam também entre os trabalhadores mais resolutos algumas ideias e estratégias que se mostrariam claramente ineficazes a médio e a longo prazos, embora fossem aptas a demonstrar, no curto prazo, a existência de uma nítida

4 Em suas pesquisas, por exemplo, o jurista Mozart Victor Russomano situa no ano de 1720 – há mais de 300 anos atrás, portanto – o exemplo do primeiro sindicato na história, estruturado na Inglaterra, consistente na associação dos mestres e alfaiates. Para o autor, este seria o “ponto de partida das ‘trade unions’ britânicas”, que se propagariam pelo país daí em diante. RUSSOMANO, 2000, p. 17.

5 Em DELGADO, 2017, p. 156-159, há uma mostra dessa evolução histórica, envolvendo vários países europeus, indicados por fontes bibliográficas diversas pesquisadas. Mais à frente, elas serão todas especificadas.

revolta em vista da superexploração socioeconômica das pessoas que viviam do trabalho inerente a esta fase inicial do capitalismo.

Essas estratégias ineficientes foram, por exemplo, as seguintes: fórmulas de atuação do tipo insurrecional, voltadas ao enfrentamento físico do poder privado e do poder político dominantes, por vezes com uso da própria violência; igualmente a estratégia de quebra de máquinas, em protesto às péssimas condições de trabalho vivenciadas nas fábricas capitalistas; somem-se a isso as estratégias do socialismo utópico, que propunham o afastamento dos trabalhadores e suas famílias da sociedade capitalista hostil, em busca da construção longínqua de experiências societárias mais livres e de convivência mais civilizada; por fim, a estratégia anarquista, caracterizada por ser muito combativa e mobilizadora, porém sem um projeto real de solução para os problemas concretos colocados em desafio, uma vez que considerava qualquer forma de poder organizado um potencial instrumento de opressão⁶.

Tempos após o surgimento do capitalismo, da deflagração e generalização de sua primeira revolução tecnológica (também denominada de Revolução Industrial) e do próprio surgimento das entidades sindicais obreiras, atingidos já os meados do século XIX, os trabalhadores alcançam maior clareza a respeito dos veículos e das estratégias de enfrentamento das condições laborais adversas ofertadas pelo sistema capitalista. Com isso, passam a alcançar importantes e crescentes vitórias em sua busca de melhores condições de trabalho e de vida na sociedade e economia capitalistas⁷.

Essas estratégias e veículos mais eficientes são os seguintes, por exemplo: a compreensão mais firme e clara, pelos obreiros, acerca da importância da organização coletiva dos trabalhadores, por intermédio especialmente das entidades sindicais, de maneira a não somente resistirem, com eficiência, às pressões desfavoráveis do poder econômico, como também alcançarem, por negociação coletiva trabalhista, direitos e garantias no próprio ambiente empresarial. Além disso, também por intermédio das mesmas entidades sindicais, igualmente passarem a conseguir pressionar, com maior eficiência, o próprio Estado e suas instituições em favor da criação de diplomas normativos e políticas públicas

6 A respeito dessas estratégias pouco eficazes de atuação – embora muitas vezes respeitáveis e, muitas vezes, até heróicas –, consultar, por exemplo, DELGADO, 2020.

7 A respeito dessa virada na compreensão dos trabalhadores sobre o sistema socioeconômico capitalista e, inclusive, o sistema político que o protegia, com a sua excludente ideologia liberal originária, consultar, igualmente, o mesmo texto já mencionado: DELGADO, 2020.

harmônicas aos interesses dos grandes contingentes de pessoas que vivem de seu trabalho. Em síntese, solidifica-se a confirmação da descoberta da ação coletiva, por meio das entidades sindicais, como veículo eficiente para conferir solidez e maior eficiência às lutas trabalhistas em favor de melhores condições de vida e de trabalho.

Solidifica-se, igualmente, a clareza sobre a necessidade da pressão coletiva também sobre a sociedade política – ao invés da pressão apenas no plano econômico e profissional específico –, como meio de conquista de novas regras jurídicas estatais aptas a superarem o padrão unilateral precedente, ou seja, regras jurídicas mais democráticas e favoráveis à grande maioria da população, em especial às enormes camadas que vivem do trabalho no interior do sistema econômico capitalista.

Já neste instante os trabalhadores e suas lideranças passam a perceber que o Direito não tem de ser, inapelavelmente, um simples instrumento de dominação, exclusão, desigualdade e barbárie – tal como foi durante milênios e séculos –, podendo se transformar, ainda que em parte, também em um instrumento de civilização, de busca de práticas mais igualitárias e democráticas, em suma, um instrumento de justiça social.

Historicamente tais percepções e clarezas tornaram-se hegemônicas no seio dos trabalhadores na virada da metade do século XIX, na Europa Ocidental, particularmente a partir dos anos de 1846 a 1848, datas em que se conjugam diversos acontecimentos de grande impacto, todos na mesma direção das estratégias e veículos progressistas acima indicados. Trata-se do movimento cartista, na Inglaterra; da revolução de 1848, na França; do lançamento do manifesto comunista, de Marx e Engels, também no ano de 1848. São eventos paradigmáticos, indicadores da mudança de chave na forma de pensar e agir dos trabalhadores no sistema trabalhista.

Aliás, não é por outra razão que o ano de 1848, no ocidente europeu, também significa um ponto de virada no advento da Democracia na história ou, pelo menos, na clareza quanto à rota de construção de uma sociedade efetivamente democrática no mundo contemporâneo, com uma Democracia multidimensional, abrangente de diversas dimensões e facetas relevantes na estrutura da economia e da sociedade históricas.

Não por outra razão, o sindicalismo alcança grandes vitórias após esse momento diferenciado, passando a conquistar, política e juridicamente, o direito de reunião e de associação sindical em diversos países europeus. Em um pro-

cesso histórico sucessivo nas últimas décadas do século XIX, citem-se, ilustrativamente: a Grã Bretanha, em 1859, com o *Molestation of Workmen Act*, diploma normativo ainda mais favorável do que os *Toleration Acts*, da década de 1820; a Alemanha, em 1869, deixa de considerar delito as coalizões de trabalhadores; a Dinamarca, em 1874, estabelece o reconhecimento do direito de livre associação sindical; a França, em 1884, consolida o direito de associação sindical; a Espanha e Portugal, em 1887, aprovam também esse mesmo avanço democrático; a Itália, em 1889, igualmente deixa de considerar delito as coalizões de trabalhadores; na Bélgica, tal avanço se consolida em 1898⁸.

Nesse processo de vitórias sindicais, trabalhistas e populares acontecidas na segunda metade do século XIX no ocidente europeu, há que se considerar também outra descoberta importante efetivada pelos trabalhadores e seu respectivo movimento sindical: a necessidade de os obreiros estruturarem, em cada país, partido(s) político(s) estreitamente vinculado(s) aos interesses específicos dos trabalhadores e trabalhadoras, além de seus interesses mais amplos, no sentido do avanço democrático e da justiça social, respeitada sua composição social interna coerente com esse novo ideário.

E, de fato, no continente europeu, a partir da segunda metade do século XIX, se constroem diversos partidos de extração trabalhista, sejam socialistas, social-democratas, comunistas ou estritamente trabalhistas, todos com forte inserção na classe trabalhadora e um ideário programático bastante progressista. Mencionem-se, por ilustração, pela ordem cronológica de sua criação, os seguintes partidos que iriam alcançar, desde o início do século XX até os dias atuais, em seus países, enorme importância política, institucional, social e cultural: Partido Popular Socialista, da Dinamarca, instituído em 1871; Partido Social-Democrata, da Alemanha, criado em 1875; Partido Socialista Operário Espanhol, da Espanha, criado em 1879; Partido Trabalhista, da Noruega, instituído em 1887; Partido Social-Democrata, da Áustria, criado em 1888; Partido Social-Democrata, da Suécia, instituído em 1889; Partido Social-Democrata, da

8 Citando-se, pela ordem cronológica dos avanços democráticos, os seguintes países e respectivos autores como fonte bibliográfica: Inglaterra: GOMES e GOTTSCHALK, 1972, p. 475; também RUSSOMANO, 2000, p. 17; Alemanha: NASCIMENTO, 2000, p. 42; Dinamarca, França, Espanha e Portugal: GOMES e GOTTSCHALK, ob. cit., p. 42; Bélgica: GOMES e GOTTSCHALK, E., *loc. cit.*

Finlândia, criado em 1899; Partido Trabalhista, da Grã Bretanha (Reino Unido), instituído em 1900; Partido Socialista, da França, criado em 1905⁹.

No sistema capitalista, portanto, mostra-se bem claro que as entidades sindicais de trabalhadores e o sindicalismo cumprem papel estrutural de enorme relevância. Vamos a algumas de suas funções estruturais mais significativas.

Em primeiro lugar, o sindicalismo e suas entidades cumprem a função cardeal de buscar elevar as condições de contratação e gestão da força de trabalho no sistema socioeconômico, em agregação às conquistas já efetivadas (se for o caso) por diplomas normativos do Estado.

O exercício dessa função sindical se faz por intermédio de um diálogo contínuo com o poder econômico e seus representantes na respectiva categoria ou segmento empresarial, além dos demais empregadores constituídos em instituições sem fins lucrativos. Nesse cenário, o sindicalismo faz uso dos instrumentos clássicos apresentados pelo Direito Coletivo do Trabalho para o cumprimento desse objetivo, tais como, ilustrativamente, a negociação coletiva trabalhista, a greve, as campanhas de mobilização da categoria e de divulgação na comunidade, as organizações nos locais de trabalho, as ações judiciais, entre outros mecanismos.

Em segundo lugar, as entidades sindicais e o movimento sindical, de maneira geral, ostentam também função precípua na resistência à precarização trabalhista, em sentido amplo, tanto aquela advinda das práticas empresariais como aquela decorrente de políticas públicas antissociais, especialmente em conjunturas adversas no plano da economia e da política institucional na história de cada país.

Essa função é muito relevante, apresentando, ademais, certa complexidade. É que ela exige do sindicalismo não apenas o adequado manejo dos instrumentos institucionais, sociais, econômicos e jurídicos postos à sua disposição pelo Direito Coletivo do Trabalho, como também a aptidão de bem se articular com outros segmentos sociais e institucionais, de maneira a empoderar a sua

9 As informações sobre partidos políticos progressistas em alguns relevantes países europeus foram retiradas da *Wikipedia*, via Google, na internet, com acesso no dia 28.02.2022, entre 14:00/14:50 horas. Esclareça-se que se destacaram, por país, neste texto, apenas os partidos de esquerda mais longevos e historicamente mais influentes, ostentando participações significativas em diferentes períodos e mandatos no respectivo governo do país. Mas não se desconhece – e nem se negligencia – a existência de outros partidos progressistas em todos os países mencionados, além de em outros países da Europa. Pontue-se, ademais, que alguns desses partidos especificados foram produto de fusões entre anteriores partidos progressistas – fato que pode fixar sua data de criação em momento histórico um pouco mais remoto ainda.

atuação nesses momentos de ataque ao patamar civilizatório mínimo já consolidado na comunidade trabalhista em que atua.

Em terceiro lugar, o sindicalismo e suas entidades cumprem a função cardeal de aperfeiçoar a distribuição de renda na economia e na sociedade capitalistas, evitando que tal dinâmica fique simplesmente ao sabor e tendência do mercado econômico. O empoderamento das pessoas que vivem do trabalho, por meio de sua inserção nas empresas e instituições, com o acompanhamento e conquistas do sindicalismo, garante, em seu conjunto, maiores ganhos e proteções à sua vida profissional, com consequências positivas não somente para os indivíduos como também para as micro-comunidades em que eles se inserem, como a família, o bairro, a cidade etc.

O Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, nas décadas de 1930/40, percebeu isso com muita clareza e sabedoria, impulsionando o sindicalismo nos EUA a partir de seus mandatos no governo federal, como fórmula decisiva para a elevação das condições de trabalho, renda e vida da grande maioria da população daquele país então devastado por gravíssima crise econômica desde 1929. Como bem observa o historiador norte-americano Joshua Freeman, “o New Deal e seus equivalentes nos estados propiciaram apoio simbólico e prático aos trabalhadores que tentavam se sindicalizar”¹⁰. Nesse quadro, em decorrência da política pública sindical e trabalhista do governo Roosevelt, a filiação a sindicatos saltou de 3,6 milhões de obreiros “no início da Grande Depressão para 10,5 milhões em 1941, atingindo 14,8 milhões em 1945; aproximadamente um em cada três trabalhadores não agrícolas portava uma carteira sindical”.¹¹

Em quarto lugar, o sindicalismo e as entidades sindicais, com a sua existência e atuação, amenizam o unilateralismo do exercício do poder empresarial no mundo do trabalho, pontuando, no cotidiano das empresas e instituições, a necessidade de se visualizar também a perspectiva dos trabalhadores no ambiente laboral.

Com isso, aspectos relacionados à saúde, ao bem-estar, à civilidade, além da agregação de benefícios materiais e imateriais, se tornam mais comuns e recorrentes.

Em quinto lugar, o sindicalismo e as entidades sindicais, com a sua existência e atuação, diminuem, em alguma medida, o unilateralismo de perspectivas

10 FREEMAN, 2019, p. 172.

11 FREEMAN, ob. cit., p. 178.

na sociedade civil, ao realizarem certo contrabalanceamento ao domínio de narrativas expostas por inúmeras e poderosas fontes de comunicação social prevalentes, tais como, por exemplo, os diversos meios de comunicação de massa (usualmente controlados pelo poder econômico em grande parte das sociedades e economias capitalistas).

A propósito, não há como se falar em Democracia sem a atenuação desse processo de dominância avassaladora da perspectiva econômica empresarial no âmbito da sociedade política e suas instituições; e essa atenuação, em grande medida, é concretizada pela presença e atuação históricas feitas pelo sindicalismo e respectivas entidades sindicais.

4. O PAPEL ESTRUTURAL DO SINDICALISMO NA DEMOCRACIA E NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Embora a palavra democracia seja de origem grega, oriunda da prática e obras filosóficas escritas no século V a. C., especialmente na Atenas de cerca de 2.500 atrás, estando, em seguida, presente em obras de diversos autores da Antiguidade Clássica (como o historiador Políbio, de Roma, por exemplo) e mesmo em textos de fases históricas posteriores, antes do século XIX d. C., a verdade é que, naqueles tempos, não existia, efetivamente, o fenômeno democrático na acepção que ele adquiriu na contemporaneidade.¹²

É que, na Idade Antiga, na Idade Média e mesmo na Idade Moderna, quer no ocidente, quer no oriente, não existiam sistemas de organização da sociedade política e da sociedade civil fundados nos princípios amplos da liberdade, muito menos da igualdade, da participação igualitária e ampla dos indivíduos e grupos sociais nas diversas esferas de poder, da cidadania estendida às diferentes camadas da população, a par de outros princípios e métodos de organização e gestão social e política hoje considerados fundamentais a um sistema minimamente democrático.

Entre esses princípios, regras e métodos essenciais à concepção contemporânea de Democracia, mencionem-se, ainda que apenas ilustrativamente, os seguintes: o respeito às liberdades e direitos individuais, sociais e públicos de

12 Nesta linha, por exemplo, em dois textos componentes do seguinte livro dual: DELGADO e DELGADO, 2017. Os textos individuais mencionados na respectiva obra são: Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho, ob. cit., p. 33-48; por fim, Democracia, Cidadania e Trabalho, ob., cit., p. 94-107.

expressão, de reunião, de locomoção, de organização temporária e/ou permanente, inclusive em instituições próprias, de participação nas instâncias públicas de poder, entre outros aspectos; o respeito às liberdades individuais e sociais de organização, reivindicação, atuação, negociação e, em alguma medida, de participação em instâncias sociais de poder que envolvam o trabalho massivo de pessoas humanas, conjunto que é sintetizado, em geral, nos princípios da liberdade sindical, da autonomia das entidades sindicais e do sindicalismo, a par das garantias sindicais; o real equilíbrio de poderes institucionalizados na sociedade política, dividindo-se, com freios e contrapesos, claramente, pelo menos, os poderes executivo, legislativo e judiciário; a existência de mandatos temporários e eletivos nos postos diretivos centrais dos poderes executivos e legislativos, com eleições livres, isentas e periódicas; a participação ampla, livre e segura da população adulta nas diversas esferas de poder, especialmente o político; a liberdade como um conceito largo e abrangente, atingindo as dimensões individuais, coletivas, sociais e públicas; a busca relevante do cumprimento do princípio da igualdade no plano socioeconômico, por intermédio de distintos e convergentes meios; o respeito efetivo ao poder das majorias, ao invés de apenas das elites; uma sistemática abrangente de proteção jurídica e institucional aos interesses relevantes dos grandes grupos populacionais destituídos de poder e riqueza particulares, mediante os denominados direitos sociais; a proteção jurídica e institucional às minorias. Esses são alguns dos principais aspectos imprescindíveis a um sistema democrático no sentido contemporâneo.

Ao inverso, naqueles períodos históricos remotos – bem como em inúmeros países e regiões hoje ainda existentes –, prevaleciam sistemas repressivos da força de trabalho, como a escravidão e a servidão, os quais subjuguavam a grande maioria da população; prevalecia também um sistema normativo que viabilizava o exercício incontestável do poder, pelo detentor de riquezas e dos meios de produção, sobre os trabalhadores e trabalhadoras, mesmo que livres, juridicamente, sem instituições e instrumentos diversificados hábeis a inviabilizar tal tradição e prática de dominação e exclusão; prevalecia também uma ordem institucional e jurídica que vinculava os direitos e prerrogativas centrais da sociedade política e da sociedade civil à riqueza ou à propriedade ou a algum outro restritivo aspecto inerente, em essência, a estritas elites socioeconômicas ou estamentais dominantes; prevalecia também uma ordem jurídica que excluía e coisificava as mulheres, suprimindo-lhes a capacidade civil, excluindo-as de qualquer forma ou canal de exercício de poder e lhes su-

bordinando, regra geral, a algum homem, seja o pai, seja o marido, seja a outro provedor – isso, caso não se tratasse de mulher escrava ou estrangeira, a qual não possuía qualquer mínima proteção jurídica e institucional. As crianças e adolescentes, a par das pessoas com deficiência, não possuíam qualquer *status* protetivo na ordem sociojurídica. Os estrangeiros, por sua vez, também eram completamente marginalizados, salvo relações e proteções tópicas e excepcionais de caráter pessoal que alcançassem na respectiva sociedade; inexistiam as liberdades e direitos individuais, sociais e públicos inerentes ao fenômeno democrático no sentido contemporâneo.

Em síntese, as estruturas de Estado e de sociedade política existentes eram ora simplesmente despóticas, construídas em torno do monarca (nas palavras de hoje, em torno dos ditadores e/ou das ditaduras) e, no máximo, de seus vassallos nobres; ora se constituíam em estruturas um pouco mais regradas e consensuadas entre a monarquia e a restrita elite da nobreza. Em síntese, ou se tratava, na verdade, de uma monarquia despótica, ou de uma monarquia aristocratizada, ou de figuras autocráticas e/ou elitistas similares. Todos os demais segmentos da sociedade eram excluídos do sistema político, institucional e deliberativo das respectivas entidades estatais. Mais do que isso, o caráter despótico do Estado reproduzia-se na sociedade, avalizando o exercício autoritário de poder no âmbito das relações privadas, ao menos em face de escravos, servos, grande parte dos trabalhadores livres, mulheres, crianças e adolescentes, estrangeiros, pessoas com deficiência etc.

Isso quer dizer que se falar em sistema ou em ambiente democrático no âmbito das relações públicas ou das relações privadas nessas experiências históricas fortemente excludentes e autoritárias consiste hoje, no mínimo, em uma imprecisão de análise ou, se for o caso, em uma manifesta incompreensão científica acerca daquele tipo de realidade histórica.

Dessa maneira, o conceito contemporâneo de Democracia é eminentemente multidimensional, abrangendo as diversas esferas e tipos de exercício de poder tanto na sociedade política (o Estado e suas instituições) como na sociedade civil (o campo das pessoas e instituições privadas e sociais).¹³

13 DELGADO, Constituição da República, Estado democrático de direito e direito do trabalho. *In* DELGADO e DELGADO, 2017, p. 33-37. Igualmente, DELGADO, Democracia, cidadania e trabalho. *In* DELGADO e DELGADO, 2017, p. 94-99.

Nesse quadro, a Democracia, em seu sentido amplo e contemporâneo começa a se construir, efetivamente, apenas em meados do século XIX, no momento em que setores sociais destituídos de riqueza e de poder, pela primeira vez na História, começaram a alcançar vitórias reais no sentido de sua inserção na sociedade política e de também participação, em alguma medida, nas diversas esferas de poder da sociedade civil. Esse processo de vitórias foi crescente, conforme exposto no subitem 1, retro, passando claramente pela estruturação e desenvolvimento do sindicalismo e de suas entidades sindicais componentes.

Por essas razões é que se pode falar que o sindicalismo e suas entidades ostentaram, sem dúvida, um papel estrutural na construção da Democracia ocidental, a partir do século XIX, bem como preservam esse papel fundamental no contexto da manutenção e no aperfeiçoamento do padrão democrático de estruturação do Estado e da sociedade civil no mundo atual.

Por isso também é que se pode afirmar que o sindicalismo e suas entidades ostentam um notável papel político na sociedade democrática, por serem fundamentais instituições e mecanismos de organização, representação, reivindicação e atuação dos setores populares destituídos de riqueza e de poder, em comparação com a potência avassaladora das elites socioeconômicas no interior do sistema capitalista e que se manifesta cotidianamente tanto no âmbito da sociedade civil como no âmbito da sociedade política.

Sem o sindicalismo e as entidades sindicais, dentro de um sistema capitalista denso, múltiplo e organizado, ter-se-á apenas, em inúmeros assuntos e questões de caráter social e econômico – embora de enorme interesse público e, inclusive, de forte interesse da grande maioria da população que vive do seu trabalho –, essencialmente apenas a visão particularíssima do poder econômico, ou seja, somente uma perspectiva unilateral e enviesada de compreensão e de propostas sobre esses assuntos e questões. Isso porque essa visão particularíssima, enviesada e unilateral consubstancia aquela que tende a ser divulgada, constantemente, de maneira repetida e intensa, pelos meios de comunicação de massa, uma vez que estes são de propriedade e controlados, com disciplinado exclusivismo, por esse mesmo poder econômico ao longo de todo o território do país e do Estado.

Em síntese, não há democracia real, substantiva e multidimensional, em determinado país e Estado, sem a presença de associações estruturadas na sociedade civil com efetiva autonomia, especialmente quando formadas por setores socioeconômicos destituídos, em princípio, de riqueza e poder na lógica

original do sistema capitalista; não há democracia caso essas associações não possam, com liberdade, poder e eficiência, manifestar a sua visão sobre os grandes temas econômicos e sociais da comunidade, de maneira a propiciar uma melhor e mais abrangente compreensão desses temas; não há democracia verdadeira caso não se estruture, na sociedade civil e na sociedade política, uma real cidadania inclusiva para todos, ao invés de, essencialmente, para as elites e suas visões específicas arquitetadas.

É importante destacar que essa percepção mais ampla do fenômeno democrático já era enfatizada por alguns teóricos da Democracia no século XX, inclusive nos EUA, embora o subsequente advento do ideário neoliberal tenha buscado diminuir e/ou sufocar tais democráticas e mais abrangentes percepções. Nessa linha, o clássico autor Robert A. DAHL, arrola, entre outros aspectos, como pontos essenciais para uma verdadeira democracia, a necessária presença de associações independentes, autônomas, aptas a veicularem interesses diversos na sociedade e a propiciarem a veiculação de uma “informação alternativa”, de maneira a permitirem a construção, no seio da população, de um “entendimento esclarecido” sobre os diversos temas de relevância para os grupos sociais e para o conjunto da comunidade¹⁴.

Conforme assera Robert DAHL, não há democracia verdadeira caso não se estruture, na sociedade civil e na sociedade política, uma real “cidadania inclusiva”. Como aponta Robert DAHL, é fundamental que haja um “entendimento esclarecido”, pela população, dos assuntos e questões decisivas da vida social e política, ao invés, conforme se percebe inúmeras vezes, uma mera informação manipulada e unilateral sobre esses assuntos e questões¹⁵.

14 DAHL, 2016, p. 111-113 c./c. p. 98-105 (a edição original em língua inglesa foi divulgada em 1998). O cientista político norte-americano Robert Dahl (1915-2014) formou suas concepções sobre o fenômeno democrático já fora do período histórico da hegemonia do liberalismo primitivo – fortemente excludente, como se sabe –, que vigorou nos EUA até 1929, ano de início da grande depressão que lançou no desemprego e na miséria milhões de norte-americanos, destruindo também o vigor da economia capitalista naquele país por significativo período. Professor de Yale por cerca de 40 anos, desde 1946, produziu suas mais importantes obras na fase em que o liberalismo tradicional ainda se encontrava desprestigiado mesmo nos EUA (décadas de 1930 até a década de 1970), além de antes do advento da nova vertente política, econômica e filosófica eminentemente desagregadora denominada “neoliberalismo”. Essa feliz coincidência histórica e profissional na vida do autor certamente influenciou as suas concepções científicas, permitindo-lhe vislumbrar uma necessária dimensão mais ampla para o fenômeno democrático. Sobre os dados da biografia de Robert A. DAHL, consultar: **Wikipedia**, a enciclopédia livre. Acessada, via plataforma *Google*, em 30/4/2020.

15 Neste último parágrafo harmonizamos a visão teórica de Robert A. Dahl com a nossa visão também ampla de Democracia – no caso agregando, entre as instituições intermediárias, independentes

No Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático) estruturado pelo novo Constitucionalismo Humanista e Social de após a Segunda Grande Guerra, na Europa Ocidental – documentos constitucionais da França (1946), da Itália (1947) e da Alemanha (1949), seguidos pelos documentos constitucionais de Portugal (1974) e da Espanha (1976), chegando ao Brasil com a Constituição de 1988 –, esse papel do sindicalismo e das entidades sindicais é ainda mais proeminente.

É que a concepção de Estado Democrático de Direito (ou de Estado de Direito Democrático), inerente a esse novo constitucionalismo, envolve três dimensões imbricadas, que não se concretizam, entre outros aspectos, sem a existência e a participação de um sistema sindical sólido, atuante e representativo. Essas dimensões – que formam o tripé conceitual do Estado Democrático de Direito – são a pessoa humana, com a sua dignidade; a sociedade política, necessariamente estruturada de modo democrático e inclusivo; e a sociedade civil, também necessariamente estruturada de modo democrático e inclusivo.¹⁶

Isso porque a centralidade da pessoa humana no sistema socioeconômico e na ordem jurídica, decorrente da primeira dimensão do Estado Democrático de Direito, ostenta diversas facetas, inclusive – e com grande importância –, as facetas econômicas e profissionais, as quais, em boa medida, recebem inequívoco reforço oriundo do sindicalismo e das entidades sindicais.

De outro lado, o caráter inclusivo e democrático da sociedade política passa pela permeabilidade do Estado e das políticas públicas aos interesses não apenas do poder econômico, porém, na mesma medida, dos setores populares vinculados ao mundo do trabalho. E, para isso, torna-se imprescindível a presença e o diálogo constantes com o sindicalismo e com as entidades sindicais.

Por fim, o caráter inclusivo e democrático da sociedade civil – esta, composta pelo universo da vida privada e social, com as suas inúmeras instituições e dinâmicas, inclusive o mercado econômico capitalista – somente pode ser alcançado caso exista, na realidade envolvente, um sindicalismo sólido, muito bem estruturado, atuante e representativo, como veículo para fazer ouvir as

e autônomas, as entidades sindicais e o sindicalismo. A respeito, DAHL, 2016, p. 111-113 c./c. p. 98-105. A respeito, igualmente, DELGADO, 2017, p. 33-48. Igualmente, DELGADO, 2017, p. 94-107.

¹⁶ Esse tripé conceitual estruturador do Estado Democrático de Direito está lançado em DELGADO, *Revista LTr*, p. 1159-1171. Igualmente: DELGADO, 2017, p. 33-58.

perspectivas, necessidades, reivindicações e proteções ao largo segmento das pessoas que vivem do trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou analisar as interconexões entre o sistema socioeconômico capitalista e as entidades sindicais e seu movimento específico, conhecido como sindicalismo.

Buscou também estudar as interconexões entre a Democracia, na amplitude com que se conhece o fenômeno contemporaneamente, e o movimento sindical e suas entidades integrantes.

No primeiro intento, centrou seu foco no surgimento do sistema capitalista, consideradas desde as suas primeiras manifestações na Inglaterra dos séculos XVI até XVIII, culminando com a experiência substantiva da denominada Revolução Industrial, ocorrida entre o século XVIII, no mesmo país, até as primeiras décadas do século XIX. Pontuou, logo a seguir, a propagação do novel sistema socioeconômico para outros países europeus ocidentais e também para os Estados Unidos da América, ao menos, em um primeiro instante, nas regiões do nordeste e do norte deste novo país.

O texto menciona também a correlação que existe entre o capitalismo emergente na Europa Ocidental com as economias extrativistas e escravocratas criadas, pelos próprios europeus, nas Américas, a par do domínio de países desse continente, capitaneados pela Inglaterra, também em regiões da África e da Ásia. Embora este não fosse o objetivo do presente estudo – mas, seguramente, mercedor de outra análise específica –, ele deixa registrado que o sistema capitalista mostrava, desde seu começo, duas faces e dimensões: aquelas características dos países pioneiros ou recém agregados ao sistema, em sua modalidade industrial desenvolvida, ao lado da face e dimensão imposta aos países periféricos interconectados ao sistema dominante, em um contexto e formato de mais crua e severa exploração e miséria.

Em seu foco de análise proposto, o texto passa a examinar o paulatino surgimento do sindicalismo nos países de capitalismo central, no interior da primeira fase do sistema socioeconômico capitalista e durante a sua evolução histórica. Nesta análise, indica que a estruturação do movimento sindical, embora hostilizada por inúmeras e poderosas adversidades, teve papel decisivo no estabelecimento de determinados limites à exploração capitalista estabe-

lecida nos países de capitalismo central, de maneira a atenuar a dominação e a espoliação sem peias característica da primeira fase do sistema econômico. Esse papel seria mantido nas fases posteriores do sistema socioeconômico nesses países desenvolvidos, especialmente na Europa Ocidental, até culminar com a estruturação, particularmente depois da Segunda Grande Guerra, em meados do século XX, com um modelo de organização da sociedade política e da sociedade civil muito mais igualitário e respeitoso do que o tradicional, que passou a ser conhecido pelo epíteto de Estado de Bem-Estar Social.

De igual sorte o artigo também faz a conexão entre o surgimento do movimento sindical e de suas entidades componentes no processo de construção da Democracia em terras ocidentais, inicialmente também nos países de capitalismo central.

O texto evidencia que o estudo que o fenômeno democrático, em sua estrutura e dinâmica contemporâneas, não seria realizável e compreensível sem a percepção do papel cumprido pelo movimento sindical no interior dessas sociedades e economias.

Conclui o artigo pelo papel verdadeiramente estrutural do sindicalismo e de suas entidades componentes tanto no sistema socioeconômico capitalista como na configuração do fenômeno democrático, com a sofisticação e aprofundamento que alcançou depois da Segunda Grande Guerra, no denominado Constitucionalismo Humanista e Social, responsável pelo modelo do Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático), mais bem concretizado no âmbito do Estado de Bem-Estar Social.

6. REFERÊNCIAS

6.1. Artigos e livros

BLACKBURN, Robin. **The making of new world slavery: from the Baroque to the Modern, 1492-1800.** London/New York: 2010.

CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (Orgs.). **Dicionário de trabalho e tecnologia.** Porto Alegre: UFRGS, 2006.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Trad. Beatriz Sidou. 2. reimpr. Brasília: UnB, 2016.

DE DECCA, Edgar; MENEGUELO, Cristina. **Fábricas e homens: a revolução industrial e o cotidiano dos trabalhadores.** 5. ed. São Paulo: Atual, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, estado democrático de direito e direito do trabalho. **Revista LTr** – Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 10, p. 1159-1171, out. 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, estado democrático de direito e direito do trabalho. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Democracia, Cidadania e Trabalho. *In* DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. Trad. Manuel do Rêgo Braga. 9. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

FREEMAN, Joshua B. **Mastodontes**: a história da fábrica e a construção do mundo moderno. Trad. Pedro Maia Soares. São Paul: Todavia, 2019.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 36. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções, 1789-1848**. 41. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

HOBSBAWN, Eric J. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Trad. Donaldson Magalhães Garschagen. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense Universitária, 2016.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. **História do pensamento econômico**: uma perspectiva crítica. 3. ed./10. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Trad. Jaime Larry Benchimol. 26. ed./3. reimpr. Petrópolis: Vozes, 2017.

INIKORI, Joseph E. **Africans and the industrial revolution in England**: a study in international trade and economica development. New York: Cambridge, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: 2000.

REZENDE FILHO, Cyro de Barros. **História econômica geral**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SWEETZ, Paul *et al.* **A transição do feudalismo para o capitalismo**. Trad. Isabel Didonet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

TOMICH, Dale W. **Pelo prisma da escravidão: trabalho, capital e economia mundial**. Trad. Antonio Pádua Danesi. São Paulo: EDUSP, 2011.

WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e escravidão**. 1. ed./2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

6.2. Outras Referências captadas da Internet

WIKIPEDIA. Consulta à **Wikipedia**, a enciclopédia livre. Tema diversificado, mas convergente – Partidos Políticos na Europa Ocidental: Trabalhistas, Socialistas, Sociais-Democratas, Comunistas. Acesso pela plataforma *Google*, na internet, efetuado no dia 28/2/2022.

WIKIPEDIA. Consulta à **Wikipedia**, a enciclopédia livre. Tema: biografia de Robert A. DAHL. Acesso pela plataforma *Google*, em 30/4/2020.

SINDICATOS: DESAFIOS NO SÉCULO XXI

Mauricio Godinho Delgado

Doutor em Filosofia do Direito (UFMG) e Mestre em Ciência Política (UFMG). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Diretor da ENAMAT – Escola Nacional de Magistrados do Trabalho (2022-2024). Magistrado do Trabalho há mais de 33 anos, desde 1989. Advogado até novembro de 1989. Exerce o Magistério Superior há mais de 44 anos, sendo atual Professor Titular do UDF e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Ex-Professor da UFMG (1978-2000) e ex-Professor da PUC-Minas (2000-2012). Autor de livros e artigos em Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e Ciência Política.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar os mais relevantes desafios enfrentados pelas entidades sindicais e pelo próprio sindicalismo, no sentido mais amplo, na atualidade do século XXI.

O propósito do estudo é destacar aqueles obstáculos e desafios que ostantam, na história do sindicalismo ocidental, maior amplitude de verificação e impacto, sem desmerecer os óbices nacionais, regionais ou locais específicos que seguramente também afetam o movimento sindical e suas entidades componentes.

Para cumprir os seus objetivos, o artigo examina desafios antigos, atuantes na história do sindicalismo desde o seu nascimento, na Inglaterra do século XVIII, perpassando, a partir de então, a sua vivência em diversos países ocidentais. No entanto, tais obstáculos e desafios antigos somente interessam ao presente estudo caso continuem a se manifestar, de modo importante, nas experiências recentes do movimento sindical ocidental.

Postas estas premissas, este texto encontrou 10 grandes obstáculos e desafios que se antepõem, com muita relevância, aos sindicatos e ao sindicalismo na presente fase histórica.

Por razões estritamente metodológicas e pedagógicas, o texto divide esses 10 obstáculos e desafios enfocados em dois grandes grupos: os fatores externos ao sindicalismo, embora sobre ele atuantes, ao lado dos fatores internos ao próprio sindicalismo, ainda que envoltos no contexto mais amplo da sociedade que o cerca.

As reflexões aqui alinhavadas se aplicam à realidade da história do Direito do Trabalho e do sindicalismo no Brasil, embora sejam inferidas também a partir de experiências históricas externas à realidade brasileira, sejam antigas sejam mais recentes.

Para fins meramente expositivos, tomaram-se como equivalentes duas expressões que não são, de fato, referenciadas à exata mesma realidade social e profissional: trata-se das expressões “sindicalismo” e “movimento sindical”. Elas, contudo, aqui comparecem no sentido específico de sindicalismo, ou seja, um fenômeno mais amplo e genérico do que a simples agregação de entidades sindicais específicas.

As reflexões ora expostas são produto de estudos realizados e publicados pelo autor nas últimas três décadas, pelo menos, como parte de suas pesquisas

realizadas em três instituições muito importantes em sua vida de pesquisador, professor e escritor: o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG; o PPGD da PUC-Minas e o PPGD do UDF. Também receberam influência importante de sua vivência nos estudos em Ciência Política, igualmente na UFMG, antes de seu ingresso na Faculdade de Direito da mesma universidade. No conjunto, se trata de mais de 44 anos de Magistério Superior.

Entre essas influências fundamentais cabe destacar a rica experiência de magistrado do trabalho, seja como juiz substituto, juiz titular, desembargador do TRT de Minas Gerais e, por fim, ministro do TST, perfazendo mais de 32 anos de magistratura.

A todas essas instituições e a todos os seus integrantes, este autor se mostra profundamente grato.

1. DESAFIOS AO SINDICALISMO NA CONTEMPORANEIDADE: FATORES EXTERNOS E INTERNOS

A História do Capitalismo na contemporaneidade evidencia que o sindicalismo e as entidades sindicais de trabalhadores ostentam, desde o século XVIII, na Inglaterra, e posteriormente nos demais países europeus e americanos que ingressaram no sistema capitalista, um papel fundamental na busca e conquista de melhores condições de trabalho e de vida pelas pessoas humanas nesse sistema econômico e social.

Nessa medida, o movimento sindical e suas entidades têm tido uma função histórica decisiva, que mescla tanto a aptidão para conquistas e avanços econômicos, sociais, profissionais e, até mesmo, políticos em cenários propícios da evolução do capitalismo no mundo ocidental como a aptidão para a resistência em momentos de refluxos civilizatórios.

Em alguns países – como, por exemplo, a própria Inglaterra e a Suécia –, o sindicalismo e o sistema empresarial, ao lado de outras forças sociais e políticas convergentes, conseguiram estruturar uma ordem jurídica trabalhista, no plano da sociedade civil, inclusive com forte reconhecimento pelo Estado, baseada, principalmente na norma coletiva negociada, sem prejuízo da importância histórica, nesses mesmos países, de diplomas estatais aprovados ao longo do tempo no sentido também progressista.

Em outros países, ao inverso, despontou, desde a segunda metade do século XIX ou principalmente a primeira metade do século XX, um direito do traba-

lho com maior teor de normas estatais protetivas e concessoras de direitos e garantias, embora também preservando uma clara relevância da negociação coletiva trabalhista no interior da sociedade civil.

Nessas duas modalidades democráticas de estruturação do direito do trabalho no mundo ocidental, o papel das entidades sindicais e do próprio sindicalismo, em geral, foi profundamente decisivo e paradigmático.¹⁷

O mesmo ocorreu na história da democracia no ocidente, desde que considerado o fenômeno democrático como algo complexo, sofisticado, eminentemente participativo e inclusivo de distintos segmentos sociais, inclusive, em significativa medida, dos setores populacionais que vivem do trabalho na respectiva economia e sociedade.

Afinal, a construção do fenômeno democrático na contemporaneidade somente se compreende caso se tome em consideração o papel decisivo das entidades sindicais de trabalhadores nessa dinâmica histórica construtiva – a qual ganhou mais força, como visto, a contar do século XIX e dos períodos históricos posteriores – contribuindo para moldar um fenômeno até então inusitado na vivência humana histórica, pois garantidor de poder e de melhores condições de vida e de trabalho para largos segmentos populacionais anteriormente excluídos do sistema institucional de poder e de riqueza da sociedade civil e política de alguns países ocidentais¹⁸.

Infelizmente, contudo, na evolução histórica do sindicalismo e das entidades sindicais foram antepostos enormes obstáculos para esses movimentos sociais e profissionais e suas instituições específicas – desafios, em grande medida, antigos, mas que se preservam na atualidade, dependendo da conjuntura ou do formato autoritário ou menos democrático do respectivo país.

Os mais importantes desses desafios, tanto os antigos – desde que sejam caracterizados por sua presença, mesmo que eventual, ainda nos dias atuais – como os eminentemente contemporâneos, constituem o objeto central do presente artigo científico.

17 Sobre alguns traços relevantes da evolução do sindicalismo e do Direito do Trabalho na Europa Ocidental, a par dos padrões paradigmáticos de sistemas trabalhistas no mesmo continente, embora sempre respeitadas as peculiaridades nacionais, consultar, por exemplo: AVILÉS, 2003; BRITO FILHO; DÄUBLER, 1997; DELGADO, 2020; DELGADO, 2017; NASCIMENTO, 2009; RUSSOMANO, 2000; THOMPSON, 2012; . THOMPSON, 2012; THOMPSON, 2012; VIANNA, 1974.

18 Sobre essas correlações, a par dos textos mencionados nas duas notas de rodapé imediatamente anteriores, consultar ainda o a seguinte artigo: DELGADO, 2017.

Este texto divide tais desafios e/ou fatores em externos e internos. Tal tipologia se constrói em face da circunstância de se tratar de fatores e desafios que apresentam uma origem e influência diversa, seja aquela oriunda de fora do sindicalismo e suas entidades, seja a oriunda ou com importante influência do próprio sindicalismo e suas entidades sindicais.

No caso dos fatores e desafios externos, tratam-se de medidas, condutas, situações, contextos criados e/ou sob influência determinante de agentes sociais, econômicos, políticos e institucionais exteriores ao movimento sindical e suas entidades componentes. São fatores ou desafios, portanto, que surgem, por exemplo, das políticas públicas adversas adotadas pelo Estado, das condutas adversas seguidas pelo empresariado ou determinadas empresas, das posturas hostis assumidas por outros agentes de poder fortemente controlados ou harmônicos aos interesses exclusivistas do poder econômico (como a *mass media*, ilustrativamente), a par de outros agentes, fatores, ou situações similares.

Registre-se que não se está falando, necessariamente, em fatores e agentes exclusivamente externos, mas preponderantemente externos, uma vez que, no interior do movimento sindical e de suas entidades, pode haver, sim, é claro, simpatias e apoios a tais perspectivas, políticas públicas e/ou condutas adversas. Afinal, como já comprovado pelo cientista social e filósofo francês, Michel Foucault, toda relação de poder depende não apenas de quem o está exercendo com preponderância, mas também daqueles sobre quem esse poder está sendo exercido.¹⁹

Nas reflexões expostas no presente artigo, a partir de diversos estudos sobre o sindicalismo e suas entidades integrantes, tem-se percebido que se trata, principalmente, de sete fatores ou desafios externos negativos influentes sobre o sindicalismo, inclusive no período contemporâneo da História.

Esses fatores e desafios externos serão examinados no item 3 deste artigo científico.

No caso dos fatores e desafios internos, trata-se de medidas, condutas, situações, contextos criados e/ou sob influência determinante do próprio movimento sindical e suas entidades componentes, por dizerem respeito, essencialmente, ao seu modo de compreensão da sociedade política e da sociedade civil, bem como às suas estratégias de organização e de atuação.

19 FOUCAULT, 1989, p. 7-8 e 183. Igualmente, FOUCAULT, 1991.

Registre-se que não se está falando, necessariamente, em fatores e agentes exclusivamente internos, mas preponderantemente internos, os quais, de maneira geral, estão submetidos, mais diretamente, ao exercício de poder interno a esse movimento social e suas correspondentes entidades integrantes. Mas, sem dúvida, que tais fatores e desafios podem ostentar, igualmente, correlações com o contexto externo ao sindicalismo e suas entidades específicas.

Nas reflexões realizadas por este autor, a partir da vasta bibliografia citada neste texto, percebe-se que se trata, principalmente, de três fatores ou desafios internos negativos influentes sobre o sindicalismo, inclusive no período contemporâneo da História.

Esses fatores e desafios internos serão examinados no item 4 do presente artigo acadêmico.

2. DESAFIOS AO SINDICALISMO NA CONTEMPORANEIDADE: FATORES ESSENCIALMENTE EXTERNOS

A identificação desses sete fatores externos ao sindicalismo e suas entidades, aptos a gerar enormes desafios à existência, organização e atuação desse importante movimento social e profissional e suas entidades integrantes, não esgota, é óbvio, a análise dos impasses e dificuldades do sindicalismo e suas entidades componentes ao longo da história da sociedade ocidental, inclusive nas últimas décadas e diante dos desafios próprios ao recentíssimo século XXI.

Entretanto, parece bem claro que esses sete desafios e fatores ora especificados estão inegavelmente situados entre os mais poderosos enfrentados pelo movimento sindical e suas entidades no período contemporâneo da História do Capitalismo e da Democracia no ocidente.

1) O primeiro relevante fator que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas severas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste nas políticas públicas antissindicais elaboradas e mantidas pelos Estados nacionais nos primeiros momentos de surgimento do sindicalismo e, depois, especialmente – inclusive na atualidade –, durante os refluxos autocráticos muito comumente ocorridos no mundo ocidental.

Tais políticas públicas podem, evidentemente, chegar a inviabilizar a existência das próprias entidades sindicais ou o exercício de suas funções precípuas, a par de tornarem uma temeridade pessoal o indivíduo se filiar ou atuar em

entidades sindicais de trabalhadores. Flagrantemente anti-democráticas, tais políticas inviabilizam ou reprimem severamente a organização sindical dos trabalhadores e a atuação coletiva de suas respectivas entidades no contexto da economia e da sociedade.

Sem dúvida, os regimes políticos autoritários ostentam especial tendência a reprimirem fortemente as organizações e atividades sindicais, criando inúmeras barreiras, limitações e perseguições a tais entidades e seus participantes. A propósito, na história do sindicalismo, os países europeus – os mais avançados, do ponto de vista democrático, na história do sindicalismo – somente reconheceram, de maneira geral, as entidades sindicais, assegurando-lhes garantias e prerrogativas de atuação a partir da segunda metade do século XIX, à exceção da Inglaterra, a qual deu esse importante passo 50 anos antes, na década de 1820, por intermédio dos *Toleration Acts*.²⁰

No início do século XX, com o denominado Constitucionalismo Social, inaugurado pela Constituição do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, passando a conferir patamar constitucional aos direitos trabalhistas e previdenciários, é que os princípios da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos começaram a ser explicitamente incorporados por documentos constitucionais, criando-se uma ambientação jurídica mais democrática em face do sindicalismo.

Essa ambientação mais favorável ao movimento sindical foi também instigada pela criação, em 1919, pelo Tratado de Versalhes, da OIT, tendo como alguns de seus pilares fundamentais os princípios da liberdade de associação, da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais. De fato, a OIT, em seus primeiros 20 anos de existência (1919-1939), aprovou mais de 60 convenções internacionais do trabalho e mais de 60 recomendações internacionais do trabalho, conferindo *status* de Direito Internacional do Trabalho a diversos princípios, garantias e regras do Direito Coletivo do Trabalho (a par do Direito Individual do Trabalho, é claro).

Mesmo assim, as ditaduras surgidas na Europa no século XX perseguiram ou restringiram severamente o sindicalismo e as entidades sindicais, fazendo *tabula rasa* dos princípios internacionais coletivos do trabalho da liberdade de associação, da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais, com os consectários revezes aos direitos coletivos e individuais trabalhistas. É o que se passou tanto nas ditaduras mais conhecidas do ocidente europeu, como o

20 DELGADO, 2017, p. 156-159.

fascismo, na Itália, o salazarismo, em Portugal, o nazismo, na Alemanha, e o franquismo, na Espanha, bem como na ditadura mais conhecida do oriente europeu, ocorrida na União Soviética.

Na América Latina, lamentavelmente, os regimes ditatoriais sempre foram comuns e reiterados, apontando sua violência institucionalizada para as entidades sindicais de trabalhadores, além de suas lideranças e práticas coletivas em defesa dos direitos trabalhistas. Só entre a década de 1950 e a década de 1990, inúmeras ditaduras surgiram (ou tiveram continuidade) na América Latina, inclusive no Brasil (aqui, entre 1964 a 1985), todas perseguindo atrozmente o sindicalismo, as entidades sindicais e suas lideranças mais combativas.²¹

Com isso, fica claro que, de maneira geral, uma dinâmica de refluxo autoritário ocorrida no país tende a reverberar, negativamente, nos princípios da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais e do sindicalismo, com efeitos perversos sobre esse importante movimento social e democrático.

2) O segundo fator relevante que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas severas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste, igualmente, na adoção de políticas públicas antissindicais elaboradas e mantidas pelos Estados nacionais mesmo em períodos políticos que não são considerados manifestamente ditatoriais. Ou seja, infelizmente, mesmo durante regimes que não configuram francas e inequívocas autocracias, têm despontado, em alguns países, políticas públicas severamente antissindicais, criadas e implementadas de maneira direta ou indireta.

Dois exemplos ilustram bem este segundo curioso e sinistro fator.

21 Apenas para se ter uma ideia de como os regimes autoritários podem devastar o sindicalismo e suas entidades, no caso brasileiro, por exemplo, a cientista política Argelina Cheilub Figueiredo, em estudo realizado a partir de informações oficiais publicadas no Diário Oficial da União, elencou 536 intervenções em entidades sindicais brasileiras, com o afastamento das respectivas diretorias ou diversos de seus dirigentes, estritamente no período de sete anos de pesquisa, envolvendo a fase inicial da ditadura, entre 1964 e 1970. Nesta lista apurada pela cientista não se contam, portanto, as inúmeras prisões de dirigentes sindicais e/ou cassações de mandatos parlamentares e de direitos políticos de sindicalistas efetivadas com base em Atos Institucionais ou outras decisões políticas e administrativas no período entre abril de 1964 e março de 1985 (data em que terminou o regime autocrático no Brasil), não se contando também quaisquer eventos dessa natureza ocorridos no período entre 1971, inclusive, até início de 1985. Relembre-se que as intervenções sindicais sequer necessitavam, nessa época, serem concretizadas com base nos Atos Institucionais, podendo ser feitas diretamente pelos então Delegados Regionais do Trabalho, situados em cada Estado da Federação, com suporte em simples dispositivos da CLT vigorantes na época. FIGUEIREDO, 1978, p. 135-155.

De um lado, a vitória eleitoral conservadora na Inglaterra, em 1979, inaugurando uma dominância neoliberal de, aproximadamente, 17 anos, até 1997, naquele importante país capitalista, de consistente tradição democrática. Trata-se do período governamental de Margareth Thatcher, entre 1979 a 1990, imediatamente seguido pelo governo de John Major, entre 1990 a 1997. Alçados ao poder político institucional, os neoliberais arquitetaram, de imediato, severa política pública de restrição ao sistema e práticas sindicais, desde a aprovação do *Employment Act*, de 1980, até outras medidas legais e administrativas que minaram o poder do sindicalismo nos anos seguintes – embora o sindicalismo britânico se tratasse de um sistema construído desde o século XIX, alcançando amplo sucesso também durante várias décadas do século XX. A autora Sayonara Grillo Silva, em minuciosa pesquisa à base de textos britânicos e europeus, assim sintetiza o período cinzento enfrentado pelo movimento sindical nessa época:

Em 1979, com a ascensão do governo conservador ao poder na Inglaterra, registrou-se a objeção governamental frontal ao *closed shop*. Os conservadores obtiveram a aprovação parlamentar do *Employment Act* (1980), contendo a mais severa e restritiva legislação relativa ao *closed shop*, inclusive instituindo a exigência de 80% de aprovação pelos trabalhadores atingidos, considerando-se as abstenções e ausências como votos contrários à sua adoção. No mesmo momento, foram suprimidas certas imunidades sindicais conquistadas ao longo do século²².

Os novos governantes conservadores ingleses (Thatcher, nos primeiros 11 anos, depois Major), seguindo rigorosamente os cânones neoliberais e se apresentando como parâmetros inovadores, implacáveis e extremistas para as lideranças conservadoras e neoliberais ocidentais, inverteram, segundo Sayonara Grillo, a centenária e consolidada lógica do abstencionismo legislativo em matéria trabalhista e sindical no país, “efetuando inúmeras intervenções estatais com o objetivo de diminuir o poder sindical, afetando seus fundos econômicos e a autonomia coletiva, enfraquecendo a regulação coletiva do trabalho”²³.

A propósito, a partir do “inverno do sindicalismo” inaugurado no governo Thatcher, os analistas iriam perceber que, assumindo o poder os neoliberais,

22 SILVA, 2008, p. 60.

23 SILVA, ob. cit., p. 60.

onde quer que fosse, as restrições jurídicas e institucionais ao sindicalismo e ao Direito do Trabalho passariam a se mostrar agressivas e dominantes²⁴.

De outro lado, desponta também o exemplo norte-americano, ainda que não característico de todos os estados componentes daquela federação. De fato, nos EUA, tornou-se recorrente na segunda metade do século XX e anos posteriores, até a atualidade – depois de enfraquecidos os incentivos sindicais promovidos pelo Governo Franklin Delano Roosevelt, no contexto do *New Deal* –, o surgimento de diplomas legais em distintos estados componentes dos EUA (leis estaduais, portanto) com claro intuito antissindical – e que não têm sido considerados inconstitucionais pela Suprema Corte.

O autor João Renda Leal Fernandes, que realizou ampla pesquisa científica sobre o sistema sindical e trabalhista dos EUA, aferiu a existência de 27 estados que aprovaram leis que liberam os trabalhadores para laborarem em empresas e estabelecimentos sindicalizados (isto é, entidades e locais que ostentam pactuações coletivas sindicais específicas), sem que tenham de se filiar aos sindicatos ou recolher qualquer contribuição sindical agendada. Ora, como as cláusulas de *union shop* e de *agency shop* são consideradas válidas nos EUA, isso significa que as leis estaduais esterilizam essa validade com respeito ao respectivo estado federal, desmontando ali a lógica já relativamente frágil do sistema sindical naquele país²⁵.

Ainda nos EUA, a Suprema Corte tem entendido que, no contexto de tentativa de organização de um sindicato em um estabelecimento ou uma empresa, esta também ostenta o direito de se manifestar contrariamente à pretendida inserção sindical, sem que tal ato configure conduta antissindical (o que, dentro dos cânones da OIT e do Constitucionalismo Humanista e Social, seria simplesmente um escândalo). Com isso, o poder econômico, segundo o autor João Renda Leal Fernandes, tem promovido, ao longo das décadas, impressionantes e caríssimas campanhas para persuadir os trabalhadores sobre os “malefícios” da sindicalização.²⁶ Embora tal prerrogativa aberta pela Suprema Corte ao poder econômico não tenha caráter absoluto – podendo, em alguns casos, conforme a agressividade e a natureza ou o conteúdo da tática utilizada, ser considera-

24 A respeito da agressiva política trabalhista do governo Thatcher e seu sucessor, John Major, consultar a excelente análise de Sayonara Grillo, já destacada nas notas de rodapé imediatamente anteriores.

25 FERNANDES, 2021, p. 161-167.

26 FERNANDES, ob. cit., p. 156-161.

da conduta desleal –, o fato é que tal permissivo tem se mostrado relevante instrumento para desestimular o sindicalismo de trabalhadores naquele país. Nesse quadro fortemente negativo ao sindicalismo, consultorias antissindiais tornaram-se um riquíssimo negócio nos EUA, segundo João Leal Fernandes²⁷.

Conforme se percebe, tais diplomas e interpretações jurídicas ferem de maneira frontal, a concepção dominante no Direito Internacional do Trabalho e no Constitucionalismo Humanista e Social sobre os princípios da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais, inclusive a Declaração Universal de Direitos Humanos, da ONU, de 1948, e diversas declarações e convenções internacionais da OIT. O fato é que, atrelado a uma concepção constitucional liberalista primitiva, oriunda do século XVIII, a par de um positivismo jurídico bastante vetusto e restritivo, o Direito dos EUA acaba por ostentar manifesta e ampla agressividade contra o sindicalismo de trabalhadores naquele país.

Naturalmente que essas peculiares construções normativas e compreensões interpretativas norte-americanas evidenciam a fragilidade do princípio democrático e do princípio da igualdade, em sua dimensão substancial, no sistema jurídico dos EUA, além de seu parco apreço pelos princípios internacionais da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais – fatos comprovados, inclusive, pelo baixo índice de ratificações das Convenções Internacionais de Direitos Humanos Sociais, especialmente da OIT, pelos Estados Unidos da América – apenas 14 Convenções Internacionais da OIT foram ratificadas até o ano de 2021, entre as 190 existentes, menos de 10%, portanto²⁸.

3) O terceiro relevante fator que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou severas crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste nas estratégias políticas e institucionais cuidadosamente arquitetadas pelas correntes neolibere-

27 João Renda Leal Fernandes demonstra largo acervo de ricas consultorias antissindiais no sistema empresarial norte-americano. Ob. cit., p. 156-161.

28 Fonte: International Labour Organization – NORMLEX *Information System on International Labour Standards – Ratifications for United States of America*. Informação capturada do sítio oficial em língua inglesa da ILO (OIT), em 1º/5/2002. A propósito, as enormes fragilidades, limites e contradições do sistema jurídico e institucional norte-americano com respeito a uma concepção efetivamente ampla e abrangente de Democracia já foram apontadas, ainda que em parte, por autores norte-americanos clássicos, tal como Robert A. DAHL, a saber: **A Constituição Norte-Americana é Democrática?** (2015). No campo trabalhista e sindical, contudo, essas fragilidades, limites e contradições são, porém, simplesmente dantescas, embora bastante convenientes ao pensamento ultraliberal e conservador ao longo do planeta.

ralistas (ou ultraliberais), que despontaram vigorosamente a partir da década de 1970 no mundo ocidental. Tais correntes, quando assumem o poder político-institucional nos diversos países do globo, especialmente no ocidente e, com maior agressividade, nos países com parcas força e tradição democráticas – tal como ocorre com os países da América Latina e do Caribe –, buscam implementar, com rapidez, rigorosas políticas públicas antissociais e, inclusive, antissindicais, visando senão a extinção mas, pelo menos, o inequívoco enfraquecimento do sindicalismo e de suas entidades organizativas componentes. É o que claramente ocorreu, por exemplo, no Brasil, logo em seguida à derrubada, pelas forças ultraliberais, do governo de centro-esquerda recém empossado em 2015: aprovou-se em 2017 reforma trabalhista bastante agressiva (Lei n. 13.467/17) que, entre outras medidas antissociais, arquitetou mais de dez regras firmemente antissindicais, com impacto avassalador sobre o sindicalismo de trabalhadores nesse importante país latino-americano.²⁹

Tais exemplos ocorrem em diversos países da América Latina ao longo de sua história dos últimos 50/60 anos, ou seja: governos ultraliberalistas gerando, de imediato, políticas firmemente antissociais e antissindicais.³⁰

4) O quarto relevante fator que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste nas crises econômicas do capitalismo, especialmente quando deflagram (o que costuma ser a sua regra geral) profundo e renitente desemprego no seio do mercado de trabalho.

29 Estudo minucioso sobre os preceitos da Lei n. 13.467/2017, inclusive todos aqueles que atingiram severamente a estrutura e a dinâmica das entidades sindicais e do próprio sindicalismo, encontra-se em: DELGADO e DELGADO, 2018.

30 Sobre a estratégia política e institucional que tem orientado esse direcionamento ultraliberalista avassalador ao longo do planeta, especialmente nos países ocidentais, sintetizada na expressão “doutrina do choque” que Naomi Klein atribui, entre outros, às construções políticas e estratégicas do economista Milton Friedman – conhecido líder intelectual do neoliberalismo –, consultar o minucioso estudo de KLEIN, 2007. Por outro lado, um estudo amplo sobre a experiência disruptiva neoliberal em diversos países latino-americanos, a par da resistência também das lideranças conservadoras tradicionais dessa região ocidental às políticas progressistas e respeitadoras dos princípios democráticos da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais, entre outros aspectos antissociais, consultar também: DELGADO, e PORTO, 2021. A obra conta com 16 artigos, elaborados, individualmente ou em conjunto, por 23 autores latino-americanos, norte-americanos e europeus, sobre os enormes obstáculos que as ideias progressistas do Estado de Bem-Estar Social enfrentam nos diversos países latino-americanos, grande parte delas fustigadas pelas investidas neoliberalistas que são muito fortes e influentes nesta região do planeta.

De fato, o sistema capitalista, desde o seu nascimento, tem por característica ostentar uma dinâmica econômica e social claramente cíclica, com períodos de crescimento e avanços econômicos, alternados com períodos de atenuação e refluxos, os quais podem desaguar em crises econômicas caracterizadas pela estagnação ou, até mesmo, pela derrocada de partes significativas ou do próprio conjunto das atividades da economia. É o que se passou em distintas fases do século XIX, ao longo do século XX e, até mesmo, durante as poucas décadas vividas já no século XXI.

Os fatores causais das crises econômicas podem ser diversos, embora grande parte das vezes derivados das contradições inerentes à lógica interna do próprio sistema econômico; em alguns casos, porém, elas decorrem de razões externas à dinâmica do sistema, aptas, contudo, a afetá-lo com gravidade e, às vezes, por significativo tempo.

Uma das mais terríveis consequências das crises econômicas da economia capitalista é a rápida e severa elevação das taxas de desemprego, comprometendo drasticamente a renda e o bem-estar da população trabalhadora e de suas famílias. Ora, dependendo do contexto histórico específico vivenciado, tais circunstâncias podem enfraquecer bastante o sindicalismo, uma vez que o alto desemprego abate o vigor psicológico das pessoas afetadas, sua capacidade econômica de contribuir para as entidades sindicais, sua compreensão acerca dos fatores responsáveis pelos malefícios que as abatem, a par da própria capacidade de organização e pressão do sindicalismo. Se não bastasse, o elevado desemprego torna mais barato o valor do trabalho humano, elevando o poder unilateral de contratação e gestão trabalhistas do segmento empresarial, ao passo que acirra a competição e o individualismo entre os próprios trabalhadores em busca de sua premente subsistência.

Aprofundando esses efeitos já tão deletérios percebidos ao longo da história do sistema socioeconômico generalizado, no mundo ocidental, a partir dos séculos XVIII e XIX, despontou, nas últimas décadas, sob direção da fase recente do “capitalismo de finanças” – e com clara contribuição da denominada “doutrina do choque” –, o manejo, pelos setores capitalistas dominantes, especialmente em países de parca tradição democrática (embora não apenas neles), do desemprego como estratégia político-ideológica para afastar obstáculos à realização de reformas ultraliberais nas sociedades política e civil, objetivando,

entre outros aspectos, a diminuição do valor trabalho e a concentração de renda e riqueza na economia³¹.

Essa utilização do desemprego como estratégia de dominação já havia sido notada pelo economista Michal Kalecki em estudo divulgado nos anos 1940.³² Contudo, essa utilização específica foi mais bem sistematizada em estudos econômicos e políticos posteriores, passando a ser manejada como política pública corrente nas décadas deflagradas a partir da crise econômica dos anos de 1970, momento histórico em que o ultraliberalismo passou a ganhar força e influência em diversos países do mundo ocidental³³.

O caso brasileiro recente ilustra, com perfeição, o uso dessa estratégia político-ideológica no sentido de elevar rapidamente e manter em patamares estratosféricos os níveis de desemprego como ferramentas eficientes e perversas para desorganizar a sociedade civil e, especialmente, a classe que vive do trabalho. A partir de dados oficiais do IBGE, os autores Mauricio Godinho Delgado, Luiz Gustavo Alves e Meilliane Vilar Lima demonstram que os índices de desemprego foram firmemente diminuídos desde 2003 até 2014, durante o período de governo de centro-esquerda existente no país, à época; mas sofreram impulso célere e acentuado a partir da derrubada desse governo por uma fronda ultraliberalista, a qual, desde o início (2016 – data da derrubada política e institucional) catapultou os níveis de desocupação para mais de 10%, os quais têm se mantido neste alto patamar até o presente momento (maio de 2022)³⁴.

De fato, segundo os três autores, as taxas de desemprego caíram de 10,9%, em dezembro de 2003, para níveis cada vez mais baixos, até atingirem menos de 5% em 2011, assim se mantendo até dezembro de 2014, embora sofrendo um agravamento, para 6,9%, em dezembro de 2015 – tudo ainda dentro do mencionado governo de centro-esquerda posteriormente derrubado. Entre-

31 A “doutrina do choque”, atribuída às construções políticas e estratégicas lideradas pelo economista Milton Friedman, com suporte na análise diversificada de experiências históricas precedentes e contemporâneas, foi minuciosamente estudada por Naomi KLEIN, em sua famosa obra, **The Shock Doctrine** (2007).

32 KALECKI, 1943, p. 347-356.

33 A respeito dessa estratégia perversa – embora eficiente, para os objetivos ultraliberais – de utilizar o desemprego como veículo para quebrar a capacidade de organização, resistência e reivindicação dos trabalhadores, consultar, além da clássica obra de Michal Kalecki, retro referenciada, o texto de DELGADO, 2017, p. 125-137.

34 DELGADO, ALVES e LIMA, 2022, p. 25-26.

tanto, a contar do governo ultraliberal que assumiu em maio de 2016, a taxa de desemprego passou, em dezembro deste mesmo ano, em poucos meses de gestão, para o patamar estratosférico de 12%, mantendo-se acima de 10% por cerca dos seis/sete anos seguidos, até 2022 (data deste artigo: maio de 2022)³⁵.

5) O quinto relevante fator que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste nas mudanças de estruturação do sistema capitalista que envolvam fórmulas de contratação e/ou de gestão da força de trabalho, seja por razões tecnológicas, organizacionais, competitivas ou congêneres, provocando dificuldades e impasses nas estratégias consagradas de organização e atuação do movimento sindical em face do poder econômico.

O sistema capitalista, conforme se sabe, tem se caracterizado por constantes e crescentes mudanças tecnológicas, as quais alteram diversas facetas do sistema, inclusive as relações de trabalho. É o que se passou desde a primeira revolução tecnológica do capitalismo – conhecida como Revolução Industrial, ocorrida, pioneiramente, na Inglaterra, ao longo do século XVIII e início do século XIX. Após esta primeira revolução tecnológica capitalista, despontou a segunda revolução tecnológica, entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX, com origem principalmente no ocidente europeu e nos EUA. Mais à frente, depois da Segunda Grande Guerra, surge a terceira revolução tecnológica capitalista, que segue até a virada do século XX para o século XXI. Por fim, atinge-se a denominada Revolução 4.0, que se deflagrou neste século XXI, embora com fincas em diversas mudanças iniciadas no século imediatamente anterior. Como visto, no conjunto, são quatro revoluções tecnológicas principais do capitalismo, todas afetando o sistema de organização da produção e do trabalho (o sistema empresarial, portanto) e as próprias relações de trabalho.

A partir da terceira revolução tecnológica, iniciada logo após o término da Segunda Guerra e se estendendo até o início do século XXI, e também a contar da quarta revolução tecnológica do capitalismo, característica do século em andamento (usualmente denominada Revolução 4.0), passou-se a detectar e a

35 DELGADO, M. G.; ALVES, L. G. de S.; LIMA, M. P. V. Loc. cit. Os três autores demonstram, ainda, que a manutenção contínua de elevada taxa de desemprego no país provoca efeitos desagregadores no conjunto do mercado de trabalho, aumentando os graus de informalidade, de contratações precárias e de perda generalizada de direitos trabalhistas e sociais, comprometendo, sem dúvida, de forma relevante, a capacidade de organização e defesa dos trabalhadores, em geral, com vistas a seus direitos e interesses profissionais e econômicos. Ob. cit., p. 5-31.

insistir, no âmbito dos estudos acadêmicos e do pensamento crescente – senão dominante – no mundo ocidental, sobre o surgimento de relações de trabalho absolutamente inusitadas, inteiramente fora dos marcos de incidência das regulamentações normativas trabalhistas e dos parâmetros de estruturação e desenvolvimento das entidades sindicais. É como se o Direito do Trabalho e o sindicalismo, a partir das últimas décadas, tivessem se tornado velhos, obsoletos, inadequados, ingressando, por consequência, em irreprimível processo de definhamento³⁶.

Não se nega o impacto das duas últimas revoluções tecnológicas e, especialmente, da Revolução 4.0 na estruturação do sistema produtivo, circulatório e distribuidor de bens e serviços de caráter capitalista e, por consequência, também no universo das relações laborais. Tais mudanças, por óbvio, criam novos desafios para o sindicalismo e suas entidades componentes; porém, de forma alguma, fazem desaparecer o papel histórico fundamental das entidades sindicais e do movimento sindical como instrumentos de aperfeiçoamento do sistema capitalista, evitando que se torne puro e simples engenho anti-humanista, antissocial e predador, sem quaisquer considerações com as garantias e direitos dos segmentos sociais que vivem do trabalho – a classe que vive do trabalho, na feliz expressão do sociólogo Ricardo Antunes –, os quais compõem, a propósito, a larga maioria da população dos países capitalistas, sejam os desenvolvidos, sejam os chamados emergentes, sejam os subdesenvolvidos³⁷.

Muito menos tais inovações e avanços tecnológicos eliminam o papel civilizatório e democrático que o sindicalismo e suas entidades têm na estruturação

36 É bastante ampla a bibliografia sobre essas duas últimas revoluções tecnológicas capitalistas. Citem-se, para simples ilustração, dois livros pessimistas quanto à continuidade do trabalho, do emprego, do sindicalismo e do Direito do Trabalho, em face de supostas razões “estruturais” do sistema econômico, especialmente as tecnológicas. No final do século XX, RIFKIN, 1995. Já na segunda década do século XXI, PISTONO, 2017.

37 A expressão “classe que vive do trabalho”, brandida por Ricardo Antunes, enfrenta com muita argúcia e amplitude o debate às vezes estéril sobre as limitações das antigas expressões como proletariado ou operariado, pois abrange não apenas os empregados situados em qualquer setor da economia, como também os trabalhadores não empregados, realizando, ademais, aceno relevante àquelas pessoas humanas que, embora marginalizadas do sistema socioeconômico (como os desempregados, os “desalentados”, os informais etc.), também necessitam do trabalho remunerado e protegido para alcançarem razoável identidade pessoal, profissional, social e econômica, a par de garantirem razoável segurança e qualidade de vida para si e suas famílias. A respeito, mencionem-se, por exemplo, duas obras do renomado autor: ANTUNES, 2015; ANTUNES, **Os Sentidos do Trabalho**, 2015.

e dinâmica da sociedade política e da sociedade civil e, por decorrência, na estruturação e dinâmica da Democracia.

Sem o sindicalismo e suas entidades integrantes, quem vai, afinal, organizar e brandir os direitos, garantias e avanços em favor da classe que vive do trabalho, qualquer que seja o seu formato em nichos específicos e diferenciados do sistema produtivo e do mercado laboral? Os trabalhadores isoladamente considerados? O próprio empresariado? Os meios de comunicação de massa – os quais, historicamente, somente atuam a partir das perspectivas do poder econômico, reverberando narrativas depreciadoras dos direitos e garantias trabalhistas?

Seguramente que não; na verdade, apenas o sindicalismo e suas entidades componentes é que ostentam o papel histórico firme e contínuo de pontuarem as perspectivas, visões e interesses do mundo do trabalho, buscando equilibrar, de alguma maneira, a força organizativa e multidimensional do poder econômico na sociedade capitalista.

Evidentemente que ajustes podem ser feitos tanto no campo do Direito Individual do Trabalho como no campo do Direito Coletivo do Trabalho, em vista dos nichos empresariais e laborais em que as modificações organizacionais e tecnológicas tenham sido muito significativas. Porém, não há dúvida de que todos esses ajustes devem ocorrer no sentido inclusivo e democrático, sem comprometer o papel civilizatório do Direito, em geral, e do Direito do Trabalho, em especial, no século XXI. Não tem sentido se retroceder aos séculos XVIII ou XIX (ou, no caso brasileiro, à Primeira República – 1889-1930), no campo social e humanista do Direito, apenas em vista do singelo fundamento de se estar diante de impactantes avanços tecnológicos do sistema capitalista.³⁸

6) O sexto relevante fator que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste na atuação conjugada dos diversos sistemas de informação, comunicação e propaganda antissociais estruturados na Idade Contemporânea, perante os quais o movimento sindical ostenta, na larga maioria dos países, poucos mecanismos eficazes de contraposição.

38 A manutenção – ao invés do abandono – do papel civilizatório do Direito na estrutura e na dinâmica da economia e da sociedade nesta fase da quarta revolução tecnológica do capitalismo, é o tema enfrentado, inclusive, pelo seguinte recente estudo triautorial: DELGADO, BITTENCOURT e INACIO, 2021. Sobre esse desafio em especial, a par dos impactos das revoluções tecnológicas no sistema capitalista e nas relações laborativas, consultar também RODRIGUES, 2020.

De fato, desde o início do sistema capitalista, os meios de comunicação de massa considerados clássicos que foram despontando (inicialmente apenas os impressos, como jornais e revistas; posteriormente, já na primeira metade do século XX, o rádio; por fim, desde a segunda metade do século XX, a televisão e outros meios telemáticos de comunicação), estes meios se caracterizaram por serem controlados, em sua ampla maioria, pelo poder econômico privado, com residual participação dos setores populares em seu controle.

Ora, sendo estruturas e ferramentas de comunicação de propriedade e controle do poder econômico, obviamente que irão direcionar as suas temáticas, perspectivas e abordagens firmemente dentro do arco de interesses do poder econômico. Nessa medida, usualmente, ao longo dos séculos, essas estruturas e ferramentas têm tendido a propagar uma visão negativa do sindicalismo, da relação de emprego, dos movimentos sociais trabalhistas e dos respectivos direitos laborais conquistados em cada período histórico.

Esse sistema privado complexo, sofisticado e abrangente de informação, comunicação e propaganda ideológica (embora, é claro, tais meios de comunicação de massa não se resumam a apenas isso) cotidianamente tem sido um poderoso adversário do sindicalismo, de suas entidades componentes e dos próprios direitos trabalhistas, que não ostentam a possibilidade real de estruturar um contraponto tão amplo, sólido e eficaz em decorrência das limitações econômicas e financeiras dos movimentos sociais urbanos e rurais, inclusive do próprio sindicalismo.

Com o surgimento do Constitucionalismo Social, a partir da segunda década do século XX, e principalmente do Constitucionalismo Humanista e Social, a contar do término da Segunda Grande Guerra, surgiu uma concepção mais abrangente e profunda de Democracia, com o conceito de Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito Democrático), apto a determinar que também a sociedade civil – ao invés de apenas o Estado e suas instituições – devem seguir o princípio democrático e o caráter inclusivo desse novo paradigma constitucional.³⁹ Com isso, em certas realidades mais efetivamente democráticas, tal como ocorre em determinados países realizadores do Estado de Bem-Estar Social (e do Estado de Direito Democrático), situados no centro e no norte da Europa

39 Para compreender esse conceito novo e mais sofisticado – a par de muito mais democrático, inclusivo e eficiente – de Democracia e de Estado Democrático de Direito, consultar o texto de DELGADO, 2017. Consultar também: DELGADO, PIMENTA e NUNES, 2019, p. 485-515.

Ocidental, há uma preocupação em não se permitir o oligopólio da informação pelo poder econômico privado, mantendo-se redes de rádio e televisão estatais e públicas, aptas a disseminarem informações e análises menos enviesadas do que as provindas dos meios de comunicação de massa de propriedade e controle do poder econômico.

A par disso, ali atuam corretamente, em conjugação e certa harmonia, os princípios da liberdade e da igualdade, no plano da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa – ao contrário do que ocorre nos países latino-americanos, por exemplo. Mediante esta necessária conjugação de princípios internacionais e constitucionais (como os da liberdade e da igualdade), os meios de comunicação de massa, mesmo quando estritamente privados, submetem-se ao dever jurídico, em grandes temas que dividem a sociedade (como as questões sociais, trabalhistas, previdenciárias, ambientais etc.), de abrirem espaço ao contraditório no interior de suas programações, ao invés de manipularem unilateralmente sua bateria de programas e informativos em benefício exclusivo apenas da visão própria ao poder econômico privado.

Ora, dentro da concepção de Estado Democrático de Direito, o caráter democrático e inclusivo das instituições componentes da sociedade civil tem de ser cumprido e observado, com o respeito não somente ao princípio da liberdade, mas também com respeito ao princípio da igualdade, devendo ambos atuar conjugadamente. Tal direcionamento constitucional faz com que mesmo os rádios, as televisões, os jornais e revistas privados tenham de assegurar um nível razoável de contraditório na divulgação de suas informações, ao invés de as tratarem como mera manipulação de visões, ideologias e fatos específicos em benefício do poder econômico.⁴⁰

Aliás, essa conjugação e harmonização dos princípios da liberdade e da igualdade, no Estado Democrático de Direito, é parte constitutiva essencial do Constitucionalismo Humanista e Social e, inclusive, da Constituição da República Federativa do Brasil.⁴¹

40 O conceito de Estado Democrático de Direito (ou de Estado de Direito Democrático), com seu caráter amplo e inclusivo, abrangente até mesmo da sociedade civil e suas instituições componentes, está exposto, conforme dito, em: DELGADO, 2017.

41 A propósito dessa conjugação entre esses dois princípios constitucionais (liberdade e igualdade), consultar, por exemplo, o estudo sobre o princípio da igualdade em sentido material na seguinte obra: DELGADO, 2017, p. 84-89.

Em síntese, conforme exposto anteriormente por este autor,⁴² os meios de comunicação de massa privados têm, igualmente, de se harmonizar ao conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, ao invés de serem mero instrumento enviesado e unilateral de propaganda das estritas visões e interesses do poder econômico privado:

Com relação aos meios de comunicação de massa tradicionais, oriundos de período mais remoto, anterior ao século XX (revistas e jornais), ou oriundos do próprio século XX (rádio e, posteriormente, televisão), poderão se mostrar mais democráticos na medida em que expressem, equitativamente, manifestações de pensamento providas dos diversos segmentos da sociedade civil, além do próprio Estado. Ao invés, poderão se afastar de sua caracterização democrática caso se estruturarem de maneira monopolista ou oligopolista, expressando, essencialmente, apenas o pensamento inerente a uma agenda própria das forças dominantes do mercado econômico e cultural.⁴³

No tocante à *internet*, criação tecnológica generalizada há poucas décadas atrás – especialmente a contar dos anos 1990 e, mais fortemente, desde o início do novo século – ela ainda tem se mostrado bastante pulverizada e, dessa maneira, significativamente muito mais democrática do que os meios de comunicação de massa tradicionais (televisões, rádios, jornais e revistas).

De todo modo, as mais poderosas redes sociais (*Facebook*, *Instagram*, *Twitter*, *Whats Up* e *You Tube*, por exemplo) são controladas firmemente pelo poder econômico oligopolista privado, sendo também dotadas de alto poder de manipulação e direcionamento da denominada “opinião pública”, não permitindo, por essa primeira razão, altas pretensões democratizantes caso não se coloquem tais redes igualmente sob o influxo do Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, o fato é que a *internet*, ao permitir a estruturação menos onerosa de canais, *blogs*, *sites*, veículos de comunicação inter-pessoal e/ou social, a par de outros mecanismos tecnológicos congêneres – sendo, regra geral, todos abertos e acessíveis a quaisquer segmentos da sociedade –, ela tem, realmente, propiciado espaço relevante para a geração, a divulgação, o debate e as análises estruturadas sob perspectivas mais humanistas e sociais, diminuindo, em alguma medida, o vazio democrático existente, na seara comunicativa, em

42 DELGADO, ob. cit., p. 47.

43 DELGADO, Loc. cit.

países caracterizados por estruturas institucionais e sociais democráticas menos sólidas – como típico da América Latina e, neste sentido, também do Brasil.

Não obstante essa natureza mais inclusiva e democrática da *internet*, em comparação com os meios de comunicação de massa clássicos, o fato é que ela também pode ser profundamente desequilibrada e enviesada em decorrência, em segundo lugar, da atuação do poder econômico, desde que este passe a financiar, legal ou ilegalmente, grupos e iniciativas antissociais e antidemocráticas no contexto dos diversos veículos midiáticos existentes na própria *internet*. A esse respeito, por exemplo, o *tsunami* de *blogs*, *sites* e canais novos criados no Brasil, nos vários veículos da *internet*, com financiamento empresarial privado nacional e/ou internacional, a partir da primeira década do século XXI, usualmente em uma clara direção unilateral harmônica à perspectiva ultraliberalista de análise, tudo comprova os riscos antidemocráticos desse desequilíbrio e enviesamento propiciados pela atuação e intervenção do poder econômico privado.

Igualmente, em terceiro lugar, mencionem-se as frondas de *fake news* que contaminam corriqueiramente a *internet*, como clara e perversa estratégia de atuação política e ideológica, evidenciando, da mesma maneira, tais riscos democráticos.

Em suma: todos esses três aspectos de risco democrático percebidos no mundo virtual demonstram que, mesmo nesse novo campo telemático e computadorizado de informação, diálogo e comunicação, se torna imprescindível a presença de mecanismos institucionalizados de preservação da democratização da *internet* e de seus veículos telemáticos e digitais próprios, como instrumentos relevantes para a garantia real do Estado Democrático de Direito no respectivo país e sociedade.

7) O sétimo relevante fator que, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, tem provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste nas condutas antissindicais adotadas pelo poder econômico em distintos contextos de existência do movimento sindical, quer de modo direto, quer de modo indireto.

As condutas antissindicais realizadas pelo poder econômico, sejam diretas ou indiretas, existem desde o nascimento do capitalismo e do movimento sindical. Posta como data inicial dessa conjugação de dinâmicas socioeconômicas (tanto do sistema capitalista como também do sindicalismo) a fase inaugurada no século XVIII, na Inglaterra, as condutas antissindicais empresariais, em um

primeiro momento, foram respaldadas pela ordem jurídica monárquica e, logo em seguida, de caráter liberal primitivo, sendo ambas manifestamente contrárias à organização coletiva dos trabalhadores e aos direitos individuais e sociais trabalhistas (os quais sequer existiam nos primórdios do sistema capitalista, conforme se sabe).

Nesta fase inicial do capitalismo mantinham-se colocados na ilegalidade os movimentos sociais, em especial o sindicalismo e suas entidades componentes, tudo constituindo uma autorização implícita ou explícita para o exercício, pelo poder econômico, de um despotismo avassalador sobre pessoas e organizações trabalhadoras.

Ultrapassada esta fase inicial do novo sistema econômico, a ordem jurídica passou a reconhecer, a contar de momentos distintos do século XIX, o movimento sindical e suas entidades integrantes, em conformidade com a experiência histórica específica dos diversos países europeus. Isso atenuou as práticas antissindicais, embora não as tenha eliminado na história do movimento sindical no mundo ocidental.

O surgimento do Constitucionalismo Social, na segunda década do século XX, a par da criação da OIT, no ano de 1919, foram fatos que conferiram certa legitimidade e poder, em alguma medida, às entidades sindicais, dado que o novo paradigma constitucionalista e as convenções internacionais da OIT passaram a enfatizar a necessidade de cumprimento dos princípios da liberdade e da autonomia sindicais, com o conseqüente combate institucional às práticas antissindicais privadas.

Porém, como visto nos tópicos anteriores, entre os avanços normativos e institucionais ocorridos nesta fase inicial do século XX e a observância real de tais novos princípios internacionais e do Constitucionalismo Social uma lamentável distância muitas vezes se mostrou pronunciada em diversos países ocidentais.

A par disso, a evolução histórica em cada país se dava de modo específico, às vezes sem qualquer influência relevante do novo constitucionalismo surgido e da emergência da própria OIT. Um expressivo exemplo desse distanciamento se encontra no Brasil da Primeira República, que não mostrou qualquer sensibilidade para tais avanços sociais ocorridos nos campos jurídicos e institucionais mencionados.

Repita-se, com ênfase: afinal, quanto mais autocráticas se mostrarem a estrutura e a dinâmica de certo Estado e respectiva sociedade, mais serão efetuadas práticas antissindicais nas políticas públicas e na iniciativa privada.

Com o avanço do constitucionalismo ocidental, logo em seguida à Segunda Grande Guerra, despontando o novíssimo e sofisticado Constitucionalismo Humanista e Social, aperfeiçoou-se o bloco normativo de proteção ao sindicalismo e suas entidades componentes. Entretanto, mais uma vez, isso não impediu o surgimento de refluxos e afrontas na prática histórica de diversos países.

Nesta fase mais recente, em especial a partir dos anos 1970, mesmo em países desenvolvidos do ponto de vista econômico, institucional e social – como os EUA, por exemplo –, pululam inúmeras práticas antissindiais, especialmente nas regiões em que a ambientação democrática se mostra rarefeita e claramente contraditória (como grande parte dos estados do Sul dos Estados Unidos da América, a propósito).⁴⁴

Na América Latina, lamentavelmente, o hábito arraigado de práticas antissindiais já é centenário, provindo desde o século XIX quando se estruturaram as primeiras indústrias e setores de serviços mais modernos inerentes à economia capitalista, a qual se caracterizava, até então, como predominantemente rural, seja na dimensão agrária, seja na dimensão extrativista mineral. Nesta parte do globo, as violências no exercício do poder privado se mostraram ainda mais acentuadas, em face da tradição escravocrata característica de vários países e economias do continente americano, a qual perdurou por vários séculos, incorporando-se à estrutura e à dinâmica do Estado e das instituições sociais e particulares. Aliás, em alguns países, infelizmente, traços nítidos dessa tradição escravocrata ainda perduram.

Tais violências no exercício do poder privado resultantes da estrutura, dinâmica e hábitos escravagistas se somaram a fórmulas políticas e institucionais de exercício do poder, aqui instaladas, mediante as quais se delegava aos dirigentes econômicos e políticos locais uma larga margem de atuação despótica, em todas as esferas de exercício de poder (especialmente a familiar, a econômica, a social e a política, entre outras), isso desde que essas elites dominantes e firmemente empoderadas garantissem o apoio aos governos regionais e centrais existentes. É o que se verificou, claramente, por exemplo, no Brasil, quer no período imperial (1822-1889), quer no período da Primeira

44 Sobre as restrições ao sindicalismo de trabalhadores nos EUA, consultar, ilustrativamente, FER-
NANDES, 2021, p. 82-94 e 129-180 e 291-296.

República (1889-1930).⁴⁵ Na verdade, até mesmo na Segunda República, logo em seguida à Revolução de 1930, esse sistema de poder despótico no âmbito local se manteve relativamente hígido, mediante o pacto político implícito de suporte ao Governo Vargas (1930-45), sedimentado por intermédio da garantia de não extensão da legislação trabalhista ao campo brasileiro – pacto que se preservou até o início dos anos 1960.⁴⁶

Ainda em períodos mais recentes, situados depois da Segunda Grande Guerra, a América Latina manteve-se como região de renitentes práticas despóticas, inclusive antissindicais, por parte de segmentos da elite econômica privada e/ou autoridades estatais. Isso é atestado oficialmente pela OIT, por intermédio de seu Comitê de Liberdade Sindical – CLS, instituído pouco mais de três décadas após a fundação da OIT. Ilustre-se, por exemplo, que, na comemoração dos 70 anos de existência do CLS da OIT, ocorrida em 2021 (órgão interno existente desde 1951), os autores Ana Virgínia Moreira Gomes e Anil Verma detectaram que essa região do mundo ocidental, integrada por mais de 20 países – embora conte com apenas cerca de 10% da população mundial –, representou mais da metade dos casos de alegada violação concreta aos princípios da liberdade e autonomia sindicais examinados pelo Comitê de Liberdade Sindical em todos os seus 70 anos de atuação.⁴⁷ Grande parte dos casos diz respeito a violências institucionais, grupais ou individuais contra o sindicalismo em geral e suas iniciativas, entidades sindicais específicas, a par de líderes do sindicalismo e militantes sindicais⁴⁸.

Observe-se que mesmo esses alentados e minuciosos dados da OIT não esgotam o assunto em questão, uma vez que supõem a necessidade de denúncias levadas à entidade internacional trabalhista – o que pode não ocorrer em determinados casos concretos.

45 Está-se adotando como parâmetro histórico de análise apenas o período deflagrado pela independência do Brasil e dos demais países latino-americanos, ocorrido nas décadas iniciais do século XIX. Evidentemente que no período anterior, de caráter colonial, o exercício despótico do poder era a marca inapelável de, praticamente, toda a sociedade e economia colonizadas.

46 Apenas no último ano do Governo João Goulart – embora sendo este líder político herdeiro de Vargas –, é que se rompeu esse pacto político implícito, por intermédio da aprovação do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63), vigorante desde dois de junho de 1963, estendendo a legislação trabalhista para o campo brasileiro. Não por mera coincidência, menos de um ano depois, em abril de 1964, este governo seria derrubado por um golpe de estado.

47 GOMES e VERMA, 2022, p. 242-262.

48 GOMES e VERMA, *loc. cit.*

Analisando-se a situação brasileira, segundo os mencionados autores, o país surge, ao longo da história do CLS, “com o menor número de queixas. Apesar de um aumento na década de 1970, durante a ditadura militar, houve uma diminuição a partir da década de 1980 e uma estabilização deste”⁴⁹. De fato, as conquistas democráticas e sindicais alcançadas com o final da ditadura, em 1985, e com a Constituição de 1988, logo a seguir, certamente criaram um ambiente propício para o avanço do sindicalismo e das entidades sindicais no Brasil, conferindo maior consistência à prática dos princípios da liberdade sindical e da autonomia das entidades sindicais, desde então – ao menos até 2016.

De todo modo, os autores pontuam que a presença de um ramo do Poder Judiciário especializado nas questões individuais e coletivas trabalhistas, caracterizado pela Justiça do Trabalho, no Brasil, pareando com o sistema sindical, pode ter tido influência positiva na presença de menor número de casos no tocante à realidade do país⁵⁰.

De toda maneira, tais dados não têm a aptidão de obscurecer o dramático impacto das diversas políticas públicas antissindicais impostas na vida real, de uma única e concentrada vez, pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017, logo após a derrubada do governo de centro-esquerda no ano imediatamente anterior. Tal diploma normativo, como visto, a partir de um conjunto de regras de Direito Coletivo do Trabalho, Direito Individual do Trabalho e Direito Processual do Trabalho – totalizando mais de 10 regras adversas ao sindicalismo e suas entidades componentes⁵¹ –, enfraqueceu sobremaneira as organizações sindicais e todo o sindicalismo brasileiro, inclusive as centrais sindicais, tornando frágil a capacidade organizativa e de resistência dos sindicatos perante os respectivos empregadores no país, regra geral, além de perante o próprio Estado e suas políticas públicas.

49 GOMES e VERMA, *Ob. cit.*, p. 255.

50 GOMES e VERMA, *loc. cit.*

51 Sobre as diversas regras integrantes da Lei n. 13.467, de 2017, especificamente desfavoráveis ao sindicalismo brasileiro, consultar, por exemplo, DELGADO e DELGADO, 2017.

3. DESAFIOS AO SINDICALISMO NA CONTEMPORANEIDADE: FATORES ESSENCIALMENTE INTERNOS

A identificação dos fatores internos ao sindicalismo e suas entidades, aptos a gerar enormes desafios à existência, organização e atuação desse importante movimento social e profissional e suas entidades integrantes, constitui procedimento também importante no contexto da análise dos impasses e dificuldades do movimento sindical e suas entidades componentes ao longo da história do mundo ocidental, inclusive nas últimas décadas e diante dos desafios próprios ao recentíssimo século XXI.

De todo modo, mostra-se claro que esses três desafios e fatores ora especificados sofrem influência, inegavelmente, do ambiente externo ao sindicalismo vivenciado no respectivo país ou região. Evidentemente que, em se tratando de uma ambientação inóspita, em face da convergência dos sete fatores externos já demonstrados, a superação dos obstáculos internos tenderá a ser ainda mais desafiante.

1) O primeiro relevante fator interno que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste na dificuldade estratégica, percebida no interior do próprio sindicalismo, de instituir e/ou preservar caminhos, meios e alternativas de ampliação e unificação dos trabalhadores, como classe que vive de seu trabalho, independentemente das divisões profissionais, socioeconômicas, políticas, ideológicas, de gênero, raciais e/ou étnicas, entre outras, existentes em seu campo humano de organização e representação⁵².

Ora, as entidades sindicais e o sindicalismo, de maneira geral, consistem em organizações coletivas criadas para permitirem a atuação coletiva dos trabalhadores perante os seus empregadores e o próprio Estado, de maneira a potenciarem a sua força, solidez, eficiência e influência, em contraponto à atuação isolada de cada trabalhador representado. Nesse quadro, interessa às

52 A expressão “classe que vive do trabalho” é brandida, como exposto, pelo sociólogo Ricardo Antunes para se referir ao largo universo de pessoas que, no capitalismo, se insere no sistema socioeconômico fundamentalmente a partir de seu trabalho, circunstância decisiva para identificá-la de maneira específica, não obstante as diferenças existentes nas relações laborais contemporâneos desse sistema econômico e social. A respeito, citem-se, ilustrativamente, duas obras seminais do autor, a saber: ANTUNES, 2015 (a edição original da obra é de 1995); ANTUNES, **Os sentidos do trabalho**, 2015 (a edição original da obra é de 1999).

entidades sindicais e ao conjunto do sindicalismo a ampliação de suas bases representadas, ao invés de seu enfraquecimento, dispersão e pulverização.

Em alguns países, o sindicalismo encontrou a solução adequada para este desafio mediante a incorporação, entre as suas bases representadas, dos mais diferentes segmentos profissionais, todos englobados na representação sindical de entidades poderosas, aptas a bem enfrentarem os embates e os diálogos perante o poder econômico, na sociedade civil, e perante o poder político, na sociedade política. A situação contemporânea da Alemanha ilustra bem esse exemplo, pois lá os sindicatos já não se estruturavam por categorias profissionais, porém mediante um critério organizativo mais amplo, o ramo empresarial de atividades. É o que descreve, a propósito, o autor germânico Wolfgang Däubler, referindo-se à presença de enormes e muito representativos e poderosos sindicatos nacionais de trabalhadores, com seções localizadas nas mais relevantes cidades daquele país⁵³.

Com os desafios trazidos ao sindicalismo alemão – bem como ao movimento sindical de outros países europeus – em face das alterações nas formas de organização das empresas e das próprias relações de trabalho, a partir das últimas décadas do século XX e início do século XXI, tudo aprofundado pela crise econômica capitalista de 2007-2008, a maior organização sindical da Alemanha, a DGB, buscou caminhos de agregação de outros segmentos de trabalhadores sob o seu leque sindicalista protetivo, alargando, sobremaneira, as suas bases representadas. É o que demonstram dois outros autores germânicos, em estudo recente, Heiner Dribbusch e Peter Birke, ao abordarem essa conjuntura atual do sindicalismo naquele país e as estratégias mais incisivas e eficientes de alargamento do arco de representação de tais entidades⁵⁴. Os autores demonstram que, com seus novos enfoques e caminhos de atuação, as entidades sindicais estudadas conseguiram estancar a perda de trabalhadores e, até mesmo, em certos casos, recuperar uma significativa pujança ainda que em fase de forte crise capitalista e sindical⁵⁵.

O exemplo alemão é inspirador, podendo auxiliar na busca de caminhos para a superação de desafio semelhante anteposto ao sindicalismo no Brasil. Porém, deve-se reconhecer que há limitações importantes para a pura e sim-

53 DÄUBLER, 1997, p. 55.

54 DRIBBUSCH e BIRKE, 2020. Também DRIBBUSCH e BIRKE, 2020.

55 DRIBBUSCH e BIRKE, *loc. cit.*

ples transposição do modelo tedesco para as terras brasileiras. De um lado, as entidades sindicais daquele país são de caráter e dimensão nacionais, com representações ou seções regionais ou locais – o que, provavelmente, seria de difícil acolhimento na cultura jurídica e social brasileira, formada à base, essencialmente, de sindicatos municipais ou plurimunicipais, embora com algumas entidades estaduais (sindicato de professores, por exemplo, em certos estados) e outras, embora poucas, de caráter realmente nacional (aeronautas, por exemplo).

Porém a estratégia de agregação pode, sim, ser aprendida, em alguma medida, pela experiência brasileira, uma vez que aqui a síndrome da desagregação e da pulverização organizacionais se mostra como um dos maiores problemas do sindicalismo no Brasil.

Chegando-se à realidade brasileira, desse modo, e se centrando no tópico da ampliação da representatividade dos sindicatos do país, percebe-se que, no contexto brasileiro, sequer se torna necessária a realização de alterações constitucionais (as quais são mais complexas e difíceis, além de, para os setores populares, também despontarem como bastante arriscadas, conforme se sabe). Ou seja, os avanços necessários podem ser obtidos mediante simples adaptação do texto da própria CLT.

Mencione-se, por exemplo, o conceito de categoria profissional, que constitui o núcleo de representação dos sindicatos de trabalhadores, segundo a Constituição de 1988 (art. 8º, II, III e IV). Ora, esse conceito se encontra na lei ordinária, na CLT, especialmente em seu art. 511, a par de outros preceitos correlatos (que teriam de ser adaptados, evidentemente); ele não se encontra no interior da Constituição de 1988. O dispositivo legal (art. 511, CLT) classifica as categorias profissionais em dois tipos, a saber: a categoria profissional propriamente dita (que, em uma reforma legislativa progressista, poderia passar a ser denominada como “categoria profissional padrão” ou algo similar), tipificada no § 2º do art. 511; e a categoria profissional diferenciada, envolvente de profissões e funções diferenciadas, que é tipificada no § 3º do art. 511 da CLT.

Com as mudanças no processo produtivo e nas formas de organização do trabalho nas últimas décadas, tais conceitos têm de ser alargados, a fim de que passem a dar conta dessas inovações estruturais ocorridas na economia e na sociedade, em benefício da melhor, mais ampla e bem mais sólida organização coletiva dos trabalhadores. Não somente se pode alargar, em certa medida, o conceito de categoria profissional padrão (mudança que já traria significativa

contribuição ao objetivo de ampliar a representação das entidades sindicais), como também aperfeiçoar o conceito de categoria profissional diferenciada. A par dessas duas alterações, seria importante se instituir um terceiro tipo jurídico, que seria a “categoria profissional por agregação”. Este terceiro (e novo) tipo jurídico permitiria, com tranquilidade e segurança, aos trabalhadores não representados ou sub-representados se vincularem a um sindicato profissional sólido, pujante, bem estruturado, com relevantes traços de proximidade de interesses, tudo mediante manifestação coletiva formal dos trabalhadores no sentido da agregação.

Com esses ajustes (e sem se correr o risco político e jurídico de uma reforma constitucional, no Parlamento, e de uma resistência jurisprudencial, no Poder Judiciário), alargam-se as possibilidades de representação dos sindicatos de trabalhadores, tornando-os aptos a representarem, com amplitude e eficiência, vastos grupos de trabalhadores que, hoje, não conseguem se encaixar nos tipos jurídicos tradicionais da legislação sindical.

Outra alternativa seria a jurisprudência se mostrar mais sensível aos princípios constitucionais e internacionais imperativos na República Federativa do Brasil que reconhecem a importância dos sindicatos e do sindicalismo no Estado Democrático de Direito, inclusive na sociedade civil, aí incluído o sistema econômico. A partir dessa maior sensibilidade, poder-se-ia adotar o princípio da agregação no exame nas disputas relativas à representatividade sindical, reforçando-se as entidades do sindicalismo, ao invés de se promover ou cancelar a sua pulverização e enfraquecimento. Não é o que tem ocorrido, entretanto, lamentavelmente, na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, tanto do TST, como do STF, que se firmou em favor do princípio da especialização no exame dessas disputas intersindicais. Entretanto, aqui também, a pertinente mudança legislativa poderá, de toda maneira, interferir nesse imbróglio e afastar, explicitamente, essa restrição interpretativa.

Evidentemente que, no caso brasileiro, após a avalanche de medidas antissindicais implementadas pela reforma ultraliberalista de 2017, mediante a Lei n. 13.467/17, é risível falar-se em aperfeiçoamento do sindicalismo no país sem a revogação ou, pelo menos, a modificação de diversos preceitos desse dantesco diploma normativo. Entre esses dispositivos desfavoráveis às entidades sindicais – que chegam a mais de 10 regras jurídicas –, desponta, com certeza, a não regulação da contribuição negocial prevista pela Lei das Centrais Sindicais (Lei n. 11.648, de 31/3/2008), em seu art. 7º, como meio de superação

das falhas da antiga contribuição sindical obrigatória dos anos 1930/40, que era extensível a todos os sindicatos, porém sem a exigência de que deflagrassem e cumprissem uma agenda frutuosa de negociação coletiva trabalhista em prol de seus trabalhadores representados. Perversamente, em seu intuito antissindical, a Lei n. 13.467/2017 transformou o processo de extinção da velha contribuição social de 80 anos atrás em uma cáustica dinâmica de pauperização drástica de todo o sistema sindicalista brasileiro.

Nesse quadro – e considerada a arraigada restrição com que a jurisprudência do STF e do TST tem tratado o assunto do custeio sindical no Brasil –, deve-se articular, nessa nova regulação jurídica, os preceitos da CLT concernentes à nova contribuição negocial (os quais podem se situar entre os arts. 578 até 610 da Consolidação, com nova redação, obviamente) com os dispositivos constitucionais diretamente vinculados ao tema. Tais dispositivos constitucionais encontram-se tanto no art. 8º, IV, da CF (“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**” – grifos acrescidos), como também no art. 149, *caput*, da mesma Constituição, a saber: “Compete exclusivamente à União instituir **contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico **e de interesse das categorias profissionais ou econômicas**, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo” (grifos acrescidos ao original).

Com essa cuidadosa articulação de regras constitucionais com regras legais, a natureza jurídica dessa nova contribuição será, efetivamente, parafiscal, por ser este o único caminho de a jurisprudência dos tribunais superiores aceitar a extensão da parcela a todos os membros da categoria profissional, no caso de CCTs, ou a todos os empregados da empresa, no caso de ACTs. Porém tal parcela contributiva, mesmo sendo parafiscal, não se confundirá com a antiga contribuição sindical obrigatória oriunda dos anos 1930/40. É que ela deverá, sim – segundo a sua norma legal reguladora –, ser expressamente pactuada por CCT ou por ACT (uma hipótese excluindo a outra, evidentemente, com respeito aos mesmos trabalhadores atingidos), mediante a clássica negociação coletiva trabalhista (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo do Trabalho). Em consequência, deverá ser aprovada por assembleia geral sindical de trabalhadores e inserida em documento coletivo negociado com conteúdo amplo e diversificado,

dirigido às partes coletivas pactuantes, inclusive aos trabalhadores da respectiva categoria (CCT) ou empregados da respectiva empresa (ACT).

A nova contribuição negocial mais ainda irá se distanciar da antiga contribuição sindical obrigatória provinda das décadas de 1930/1940 porque não favorecerá, indistintamente, a todos os sindicatos – especialmente os sindicatos de mero carimbo e sem representatividade efetiva –, porém somente àquelas entidades que tiverem a organização, a potência, a estratégia e a representatividade de celebrarem negociação coletiva trabalhista, mediante um dos dois instrumentos coletivos negociados aceitos no Direito do Trabalho do país (CCT ou ACT). É óbvio que o instrumento coletivo pactuado deverá conter garantias e direitos diversificados em favor dos respectivos trabalhadores, ao invés da simples cláusula estipuladora da contribuição sindical negocial.

2) O segundo relevante fator interno que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste na dificuldade estratégica, percebida no interior do próprio sindicalismo e suas entidades integrantes, de criar e preservar caminhos, meios e alternativas de democratização de suas entidades sindicais, de maneira a incrementar a sua representatividade real (ao invés da estritamente formal – que é também importante). Assim, considerada a sua base profissional representada, as entidades sindicais têm demonstrado dificuldades na incorporação crescente dos largos segmentos que compõem a sua respectiva base, inclusive as grandes majorias populacionais, como as mulheres, a população negra e os jovens. Além disso, têm demonstrado dificuldades quanto à incorporação também das minorias populacionais, como as pessoas com deficiência, a população LGBTQUI+ e os povos originários, entre outros segmentos populacionais.

Está-se falando da incorporação não apenas na militância e vivência sindicais, porém igualmente nas direções das entidades sindicais.

Então, o tema da Democracia sindical mantém-se como uma conquista a ser efetivada ou completada na história do sindicalismo no Brasil.

Tudo isso significa que, independentemente da reforma legislativa necessária para se ultrapassar o primeiro obstáculo interno mencionado acima (além dos demais já debatidos neste texto), o fato é que as próprias entidades sindicais ostentam, sim, a aptidão de promoveram voluntariamente políticas sindicais no sentido da busca de maior inclusão de trabalhadores em seu interior e em suas direções políticas e administrativas, sejam, ilustrativamente, as

mulheres, sejam os/as componentes da população negra, sejam os integrantes da população jovem – exemplos de três grupos populacionais enormes na demografia brasileira, mas que não têm tido o necessário espaço em grande parte das entidades sindicais, inclusive em suas direções. Não há qualquer justificativa consistente para a não democratização do sindicalismo e de suas entidades integrantes mediante a incorporação das diversas parcelas que demarcam as características da população do país⁵⁶.

Evidentemente que se deve também abrir espaço para as minorias, como as pessoas com deficiência, a população LGBTQUI+, os povos originários, entre outros segmentos, pois esta é uma decorrência do Estado Democrático de Direito lavrado pela Constituição de 1988.

Contudo, não incorporar as grandes maiorias, como as mulheres, a população negra e os jovens é, simplesmente, um comportamento de pura e simples irracionalidade⁵⁷.

3) O terceiro relevante fator interno que tem, ao longo da história do capitalismo e da Democracia, provocado derrotas ou crises no sindicalismo e nas entidades sindicais representativas dos trabalhadores consiste na dificuldade de compreensão, pelas próprias entidades sindicais, do papel do Direito também como potencial instrumento de civilização, ao invés de ser – tal qual ocorrido durante milênios na História – simples instrumento de estratificação, exclusão e barbárie. Essa injustificável incompreensão gera uma letargia e ineficiência na atuação política e jurídica dessas entidades ou, inacreditavelmente, uma ingenuidade em se associar a iniciativas manifestamente antissociais das reformas jurídicas propostas pelas elites antissociais do respectivo país.

Conforme se sabe, antes do advento da Democracia contemporânea, “reiterava-se certa característica comum ao Direito, praticamente em todos os seus

56 Registre-se, por justiça, que a primeira e maior central sindical do Brasil, a CUT, passou a adotar, desde cerca de 30 anos atrás, em 1993, pioneiramente, o critério de cotas mínimas para cada sexo nas direções sindicais. Tempos depois, em 2012, essa mesma central sindical aprovou a diretriz da paridade entre homens e mulheres nas direções sindicais, a qual passou a ser concretamente implementada desde o congresso nacional subsequente da entidade central, ocorrido em 2015, depois de ter também sido aprovada por diversas direções regionais em distintos estados brasileiros. Sobre essa evolução, consultar GODINHO DELGADO, 2017.

57 Sobre o tema dos desafios trazidos ao sistema sindical de trabalhadores no Brasil, consultar também a seguinte importante obra: MENEZES, 2022, p. 89-183.

segmentos: o viés de confirmar e sedimentar situações fáticas de desequilíbrio de poder reguladas por suas regras⁵⁸.

Essa estruturação e direcionamento lamentáveis do Direito – embora não fossem os únicos a o caracterizar ao longo da História –, eram, sem dúvida, as características largamente predominantes das ordens jurídicas antigas e medievais, incrustando-se, por consequência, no imaginário de todos os segmentos e forças sociais, inclusive aqueles que sofriam a injustiça e a violência sufragadas pela ordem jurídica:

Efetivamente o Direito, em seus distintos segmentos, corroborava a desigualdade de poder existente na vida social, nas inúmeras e mais relevantes manifestações dessa desigualdade. Relações de propriedade, de trabalho, familiares, de gênero, de poder político etc. Tratava-se, de certo modo, de um Direito da Desigualdade – instituidor, avalista e reprodutor da desigualdade no plano da sociedade civil e da sociedade política.⁵⁹

Até então, era inevitável que os trabalhadores e suas organizações coletivas, submetidos ao moinho unilateral e incessante do sistema capitalista, enxergassem o Direito e as ordens jurídicas, a par das instituições encarregadas de sua interpretação e aplicação, como meros instrumentos de repressão, desigualdade e injustiças.

Entretanto, mais recentemente na História, em particular a partir da segunda metade do século XIX, os setores dominados passaram a internalizar a compreensão de que lhes era fundamental não apenas escapar daquela rede sistematizada de dominação, injustiças e violência, mas também alterar a ordem jurídica e institucional dominante, a partir de sua perspectiva específica de interesses, valendo-se do Direito, cada vez mais, como um instrumento de libertação, progresso social, justiça social, civilidade e igualdade. É o que passa a acontecer com a organização de diversas dimensões dos setores populares, sejam os trabalhadores – estes mediante as entidades sindicais e, mais à frente, pelos partidos políticos de composição obreira –, sejam os indivíduos pobres e excluídos, em geral (aqui integrados também pelos trabalhadores), por intermédio de movimentos sociais de resistência e busca de conquistas – como os diversos movimentos cívicos reivindicatórios de direitos políticos, a par dos

58 DELGADO, 2017, p. 75-80.

59 DELGADO, *loc. cit.*

partidos políticos populares, logo em seguida –, sejam as mulheres, mediante não apenas os movimentos trabalhistas e populares mencionados, como também os movimentos cívicos sufragistas, em especial os feministas.⁶⁰

Todos esses movimentos e organizações despontaram ou se fortaleceram, na Europa Ocidental, em primeiro lugar, e logo em seguida em outras partes do mundo, na direção da busca da mudança do caráter excludente e exploratório do Direito e das respectivas ordens jurídicas nacionais. Importantes vitórias foram alcançadas no século XIX, consolidadas pela criação de novos campos normativos essencialmente vinculados aos setores populares, como o direito do trabalho e o direito da seguridade social. Tais vitórias foram consolidadas, no início do século XX, com a superação do velho e excludente constitucionalismo liberal, originário das revoluções burguesas do século XVIII, dando origem ao constitucionalismo social da segunda década do século XX. Na mesma senda se inscreve também a criação da OIT, em 1919, pelo Tratado de Versalhes.

Esse processo de avanço progressista dentro do Direito e das instituições estatais e da sociedade civil se alargou logo depois do final da Segunda Grande Guerra, com a estruturação do novo constitucionalismo humanista e social, construído com suporte nos novos documentos constitucionais do ocidente europeu, em particular a Constituição da França (1946), da Itália (1947), da Alemanha (1949) e, tempos depois, de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Esse novo paradigma constitucionalista somente chegou ao Brasil por intermédio da Constituição de 1988, conforme se conhece.

Nesse quadro contextual, tornou-se inconsistente, senão ingênuo, continuar a enxergar a ordem jurídica como simples instrumento de dominação, exclusão e opressão, ao invés de se passar a compreender, racionalmente, a necessidade de se moldar o Direito para que seja também inclusivo, democrático, igualitário e progressista, quer no âmbito da respectiva Constituição, quer no âmbito dos documentos legais existentes no respectivos Estado e sociedade.

Entregar a atuação jurídica apenas aos setores dominantes, no suposto de a organização profissional, social e política dos trabalhadores ser elemento suficiente para lhes garantir a Democracia, a igualdade e as conquistas econômicas, sociais, profissionais e cívicas, é manter postura válida – e inevitável – na

60 Nesta linha, ilustrativamente, dois textos do mesmo autor: DELGADO, 2017, p. 33-48; DELGADO, 2017, p. 75-80. Consultar também o estudo seminal da economista e cientista política Célia Lessa, especialmente em sua primeira parte, denominada "Premissas" (p. 5-57) sobre a construção e correlações importantes do *Welfare State* nos países desenvolvidos: KERSTENETZKY, 2012, p. 5-57.

primeira metade do século XIX nos países desenvolvidos, porém ineficiente, ingênua e atrasada em qualquer lugar do mundo ocidental, tanto o desenvolvido quanto o emergente ou o do terceiro mundo.

É necessário conhecer e internalizar os princípios e regras humanistas e sociais da Constituição da República, para enfatizá-los em diplomas legais igualmente progressistas e sociais, inclusive de reforço da organização e atuação coletivas dos trabalhadores, em moldes que afastem, inclusive, as conhecidas resistências institucionais, inclusive do Poder Judiciário, a esses princípios e regras constitucionais democráticos e progressistas.

Em síntese, manter-se perfilado à vetusta concepção de que o Direito é simples instrumento de dominação, desigualdades e injustiças, nos dias atuais, recusando-se a colocar a legislação no sentido firmemente contrário a essas distorções antidemocráticas, é contribuir, sem dúvida alguma, para a manutenção de um quadro institucional e societário de dominação, injustiças e desigualdades.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou discorrer sobre os dez principais desafios encontrados pelas entidades sindicais e pelo sindicalismo, de maneira geral, na contemporaneidade, tomando como parâmetro sua história no mundo ocidental e, inclusive, na realidade brasileira.

O texto procurou evitar desafios pontuais, embora relevantes, como, por exemplo, o fechamento de uma grande fábrica em uma isolada cidade do interior de um país ou região, fazendo desaparecer o pólo produtivo central do respectivo município e, com isso, comprometendo até mesmo a existência do sindicato de trabalhadores correspondente.

Preferiu eleger fatores gerais, com recorrente impacto na evolução histórica do sindicalismo ocidental.

Dividiu tais fatores gerais em externos e internos, contabilizando o número de sete dentro do primeiro grupo ao lado do número de três dentro do segundo grupo de fatores.

Externos são aqueles fatores que não dependem essencialmente da atuação das entidades sindicais, embora possam ser por elas influenciadas. Internos, por sua vez, são fatores que dependem, em grande medida, da atuação das próprias entidades sindicais e do sindicalismo, embora também tenham relações com a ambientação externa que os cercam.

O objetivo do estudo foi o de fornecer um conjunto de dados, exemplos e reflexões que viabilizem melhor conhecimento sobre o contexto em que se situa o sindicalismo, especialmente naqueles casos em que as crises despontam com maior recorrência e impacto na dinâmica desse importante movimento social e democrático de representação de interesses dos trabalhadores e trabalhadoras na sociedade capitalista.

Com tal análise espera-se que a ciência possa ofertar caminhos e alternativas consistentes para o aperfeiçoamento não só do próprio sindicalismo, como também do Estado Democrático de Direito erigido como marco pelo Constitucionalismo Humanista e Social incorporado pela Constituição de 1988.

5. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho.** Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed./3. reimpr. São Paulo: Boitempo, 2015.

AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho sindical.** 8. ed. Madrid. Tecnos, 2003.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito sindical.** 5. ed. São Paulo: LTr;

DAHL, Robert A. **A constituição norte-americana é democrática?** Tradução Vera Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

DÄUBLER, Wolfgang. **Direito do trabalho e sociedade na Alemanha.** São Paulo: LTr/Fundação Friedrich Ebert/ILDES, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, estado democrático de direito e direito do trabalho. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 33-58.

DELGADO, Mauricio Godinho. Democracia, cidadania e trabalho. *In*: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 94-107.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 19. ed. São Paulo: LTr, 2020;

DELGADO, Mauricio Godinho. O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças. **Revista direito das relações sociais e trabalhistas.** Brasília: UDF, v. 3, n. 1, jan.-jun. 2017, p. 125-137.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2017;

DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017,

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; ALVES, Luiz Gustavo de Souza; LIMA, Meilliane Pinheiro Vilar. O estado democrático de direito e o objetivo constitucional da busca do pleno emprego. **Revista Magister de direito do trabalho**, ano XVIII, n. 106, p. 25-26, jan.-fev. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho; BITTENCOURT, Renata O. Caciquinho; INACIO, Hillary Christine P. Há limites civilizatórios para as transformações tecnológicas da revolução 4.0 com impacto nas relações sociotrabalhistas?. **Revista direito das relações sociais e trabalhistas**, Brasília, v. 7, n. 2, jul.-dez. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e desafios contemporâneos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, p. 485-515, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **A América Latina e o estado de bem-estar social**: características, obstáculos e desafios. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

DRIBBUSCH, Heiner; BIRKE, Peter. Los sindicatos en Alemania: desafíos en una época de transiciones (Parte 1). **Revista direito das relações sociais e trabalhistas**, Brasília, v. 6, n. 2, maio-ago. 2020.

DRIBBUSCH, Heiner; BIRKE, Peter. Los sindicatos en Alemania: desafíos en una época de transiciones (Parte 2). **Revista direito das relações sociais e trabalhistas**, Brasília, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020.

FERNANDES, João Renda Leal. **O mito EUA**: um país sem direitos trabalhistas? São Paulo: JusPodivm, 2021.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Intervenções Sindicais e o "Novo Sindicalismo". **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 135-155, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1989,

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1991.

GODINHO DELGADO, Didice. La Construcción de poder sindical com paridad de gênero: el caso de la Central Única de Trabajadores de Brasil. **Nueva sociedad/friedrich ebert stiftung**. NUSO, Octubre 2017.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; VERMA, Anil. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT e a América Latina: 70 anos de história. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: TST/São Paulo: LEX, ano 88, n. 1, p. 242-262 jan.-mar.-2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. NORMLEX – Information System on International Labour Standards – Ratifications for United States of America.

KALECKI, Michal. Os aspectos políticos do pleno emprego. **Political quarterly**, v. 14, 1943, KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O estado de bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado Social no Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KLEIN, Naomi. **The shock doctrine**: the rise of disaster capitalism. New York: Henry Holt and Company, 2007.

MENEZES, Alline Bessa de. **Sistema sindical brasileiro**: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009;

PISTONO, Federico. **Os robôs vão roubar seu trabalho, mas tudo bem**: como sobreviver ao colapso econômico e feliz. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2017.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

RODRIGUES, Priscila Lauande. **Direito do trabalho**: as relações de trabalho na quarta revolução tecnológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**: configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

THOMPSON, E. P. **A formação da classe operária inglesa**: a árvore da liberdade. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012. V. 1.

THOMPSON, E. P. **A formação da classe operária inglesa**: a maldição de Adão. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012. V. 2.

THOMPSON, E. P. **A formação da classe operária inglesa**: a força dos trabalhadores. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012. V. 3.

VIANNA, Luiz Werneck. Sistema Liberal e Direito do Trabalho. **Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 7, p. 115-149, jan.-mar. 1974.

DISCRIMINAÇÃO ANTIINDUSTRIAL: O NECESSÁRIO RETORNO AO SINDICATO E À PERSPECTIVA DE CLASSE

José Roberto Freire Pimenta

Professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e de seu mestrado em direito das relações sociais e trabalhistas e coordenador de seu grupo de pesquisa da linha 1 "Constitucionalismo, direito do trabalho e processo" e de seu projeto de extensão "Acesso à justiça: perspectiva constitucional na esfera justicialista"; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST); doutor em direito constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Ex-professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Mestrado e Doutorado); ministro integrante do conselho consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat), a partir de outubro de 2.022.

Raquel Betty de Castro Pimenta

Doutora pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata (Itália) em cotutela internacional com a Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil); mestre em direito do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; especialista em direito do trabalho ítalo-brasileiro pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Università di Roma Tor Vergata; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; professora substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2019-2020) e professora de cursos de pós-Graduação *lato sensu*.

INTRODUÇÃO¹

Pluralidade, multiplicidades, transformações, individualidades, complexidades cada vez mais presentes em um mundo global, tecnológico, multifacetado. Cada vez mais, em tempos da denominada “Revolução 4.0”, de *gig economy* e de disseminação da terceirização ampla, geral e irrestrita, as relações de trabalho são transformadas por novas conformações digitais e algorítmicas; a subordinação clássica se dissipa e se combina com novas formas de controle e dependência econômica; as antes robustas e organizadas categorias profissionais se fragmentam, se pulverizam, perdem circunstâncias que auxiliavam na construção da consciência de classe e levam à constatação de que é necessário a reinvenção do movimento sindical.

Cada vez mais, constata-se a presença de múltiplas vulnerabilidades no mundo do trabalho, com recortes que enfatizam os importantes aspectos ligados à cor, às etnias, à origem, ao gênero, à idade, às deficiências e a tantos outros aspectos que demandam um olhar interseccional, para se compreender e construir alternativas jurídicas para a necessária proteção contra discriminações delas decorrentes.

Entretanto, a categoria básica e fundante do ramo justralhista continua presente quando se aborda qualquer um dos outros fatores de vulnerabilidades: o simples fato de ser trabalhador, ou seja, dessa pessoa natural situar-se em um dos polos de uma relação jurídica, econômica e social em que o ser humano tem para fornecer tão somente o seu trabalho para assegurar a subsistência sua e de seus familiares, oferecendo aos detentores dos meios de produção – ao capital – sua força, seu tempo, suas qualificações pessoais, seu suor, sangue e lágrimas.

O presente estudo pretende, em uma primeira parte, propor um retorno à **perspectiva de classe**, enfatizando o sindicato como o ente representativo, por essência, da classe trabalhadora. Não haveria direito do trabalho sem sindicatos, nem em suas origens, nem para sua expansão e, sempre, para sua necessária defesa e preservação.

Em um segundo momento, pretende-se enfatizar o uso do termo “discriminação antissindical” na produção normativa oriunda da OIT, quando trata da

1 O presente trabalho é uma versão atualizada e revisada do capítulo de livro “Discriminação antissindical: o necessário retorno ao sindicato e à perspectiva de classe” publicado na obra coletiva: ASSUNÇÃO, 2022, p. 277-295.

proteção de dirigentes sindicais, de outros representantes de trabalhadores e dos demais trabalhadores contra condutas antissindicais. Busca-se compreender a forma peculiar e de certa forma reducionista pela qual tais normas foram traduzidas e incorporadas à ordem jurídica brasileira atenuando, curiosamente, seu enfoque antidiscriminatório presente em sua redação original.

Resgatando essa perspectiva, este trabalho examina a legislação trabalhista brasileira em vigor que, hoje, já protege todo e qualquer trabalhador em face da discriminação antissindical, tanto os dirigentes sindicais e outras espécies de representantes de trabalhadores (tais como os membros das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes – CIPAs – eleitos pelos trabalhadores, nos termos do artigo 164 da Consolidação das Leis do Trabalho e os representantes dos trabalhadores das empresas com mais de duzentos empregados, nos termos do artigo 11 da Constituição de 1988, com enfoque na recente regulamentação acrescida à CLT pela Lei n. 13.467/2017), mas, principalmente, os demais trabalhadores, que também são alvo constante de condutas antissindicais.

Com efeito, é de conhecimento geral que alguns empregadores mais hostis aos sindicatos representativos de seus empregados, na medida em que não podem atuar diretamente contra os dirigentes sindicais por força do que estabelecem o artigo 8º da Constituição e o artigo 543 da CLT, preferem adotar uma postura menos acintosa e de mais difícil percepção e comprovação, em juízo ou fora dele, contra essas entidades sindicais, adotando medidas retaliatórias contra seus demais empregados que se associem a elas ou que, no dia a dia de suas atividades, atuem concretamente na defesa de suas propostas e ações e como elos de ligação desses sindicatos com o conjunto de trabalhadores de suas empresas, seja privando-os de benefícios assegurados a colegas que não tenham a mesma postura ou até, no limite, chegando a dispensá-los de forma imotivada mas claramente apenas em virtude de seu posicionamento.

Pretende-se, assim, contribuir para a discussão, com as necessárias profundidade e amplitude, de uma matéria tão relevante e atual, considerando que o ser humano que trabalha, independentemente de sua cor, etnia, origem, gênero, idade, deficiência e outras características, sempre terá em si o elemento fundante de fazer parte da classe trabalhadora, que torna imprescindíveis a defesa da liberdade sindical e a proteção contra discriminações antissindicais.

1. O SINDICATO E O DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho foi construído a partir da atuação coletiva dos trabalhadores que, reunidos em grandes centros industriais, se organizaram em entidades sindicais e reivindicaram a melhoria de suas condições de trabalho, conquistando direitos que originaram e deram razão de ser a este ramo jurídico. A partir da atuação dos sindicatos, criaram-se normas trabalhistas, autonomamente negociadas ou heteronomamente legisladas pelos Estados, em resposta a este movimento reivindicativo obreiro.

Até os dias de hoje, a atuação sindical é essencial para a criação de novas normas trabalhistas, como também para a preservação dos direitos existentes: vale dizer que o sindicato é imprescindível para a própria evolução e manutenção do direito do trabalho. Nesse sentido, as lutas coletivas podem se voltar para a conquista do novo direito, ou para a defesa do direito já posto, como ensina Márcio Túlio Viana (1996).

Não há como se falar em direito do trabalho sem compreender a participação do movimento sindical na sua criação e a relevância de sua atuação para a manutenção das conquistas trabalhistas e para a evolução da ordem jurídica trabalhista em todo o mundo.

É possível afirmar que o surgimento histórico do direito do trabalho, a partir do século XVIII, coincide com a época da consolidação e do reconhecimento dos sindicatos como órgãos de legítima representação e de defesa dos interesses dos trabalhadores². Por meio de sua atuação, os sindicatos passaram a criar, por meio da negociação coletiva com os empregadores e suas respectivas entidades representativas, normas autônomas concernentes às condições de trabalho de seus representados, além de influenciar a produção legislativa do Estado, que passou a editar normas de regulação das relações de trabalho.

Verifica-se, portanto, que o sindicato influenciou sobremaneira a produção legislativa estatal desde o surgimento das primeiras normas trabalhistas de forma fragmentada, concernentes à proteção ao trabalho da mulher e do menor, aos acidentes do trabalho e à duração de jornadas e intervalos (PERONE,

2 É bem verdade que as primeiras normas editadas pelos Estados Liberais sobre o tema, no século XVIII, reprimiam e proibiam a ação sindical, como é o caso da Lei Le Chapelier, da França. Entretanto, a consolidação histórica do Direito do Trabalho se deu simultaneamente com a conquista da liberdade sindical – inicialmente, suprimindo-se tais normas proibitivas da atividade sindical e, posteriormente, com a positivação de regras e princípios garantidores da criação e atuação sindical.

2000, p. 21). Essa influência continua sendo determinante na edição de leis e regulações por meio das normas heterônomas estatais.

Ademais, as normas autônomas criadas pelos próprios sindicatos, por meio de processos de negociação coletiva, são determinantes para a delimitação das reais condições de trabalho em cada setor econômico. As normas oriundas da contratação coletiva convivem com a normatividade estatal estabelecendo normas relativas às condições de trabalho de cada categoria e são propulsoras da própria função legislativa por parte do Estado, que, com o passar do tempo, vai incorporando a normatização autônoma surgida na sociedade civil (DELGADO, 2019, p. 103-105).

Dessa forma, pode-se dizer que “as lutas operárias estiveram sempre presentes no interior de cada norma trabalhista” (VIANA, 2011, p. 51), de forma que há sempre traços de autonomia nas normas heterônomas estatais. Por outro lado, pode-se dizer que também nas normas autonomamente negociadas pelos atores sociais há sempre um traço de heteronomia, já que as leis existentes servem como um “ponto de partida” para a negociação, que, na concepção clássica e até recentemente dominante no Direito do Trabalho, sempre deveria se dar no sentido de ampliar a proteção trabalhista. Além disso, a rigor, as referidas normas heterônomas estatais no campo trabalhista traçam limites à negociação coletiva – haja vista a existência de normas de ordem pública de indisponibilidade absoluta, em relação às quais não é possível transacionar coletivamente³.

Além disso, os sindicatos de trabalhadores e de empregadores também participam do diálogo tripartite com os governos, seja por meio de pactuações trilaterais em questões estruturais da sociedade, seja pela participação em órgãos tripartites, o que também pode originar normas trabalhistas.

Ocorre, entretanto, que o sindicato não atua somente na criação das normas e na conquista de novos direitos trabalhistas, mas principalmente na defesa de sua efetividade, ou seja, de seu cumprimento – em outras palavras, da aplicação prática dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas. Exerce, inegavelmente, importante papel corretivo e preventivo, atuando na defesa contra lesões e ameaças de lesões a direitos de seus representados.

³ A Lei da Reforma Trabalhista, n. 13/467/2017, alterou sobremaneira tal cenário, inserindo na CLT hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado, principalmente no artigo 611-A acrescentado ao texto celetista. De toda forma, ainda existem limites à livre negociação coletiva estipulados pela normatividade heterônoma, notadamente pelo texto constitucional e pelo artigo 611-B da CLT (BRASIL, 2017).

Como ressalta José Francisco Siqueira Neto, é a existência do sindicato como contrapoder nas relações de trabalho que torna efetivas as normas trabalhistas:

O equilíbrio do poder nas relações de trabalho, portanto, não vem da lei trabalhista protetiva em si, mas da existência de sindicatos livres, autônomos, atuantes e independentes. Sem sindicatos livres, a lei trabalhista não protege o trabalhador, e tampouco limita o poder do empregador. Essa identificação do sindicato como contrapoder nas relações de trabalho, contudo, não é nenhuma novidade, já que foi perfeitamente compreendida pelos empregadores desde tempos imemoriais. (SIQUEIRA NETO, 1999, p. 57-58)

No mesmo sentido, ensina Márcio Túlio Viana (2011, p. 40) que, como a norma trabalhista, à diferença da norma comum, opõe uma classe a outra, torna-se mais propensa a ser descumprida, precisando do sindicato não apenas para criá-la, mas para torná-la efetiva, utilizando-se, principalmente, da sanção paralela da greve. Desse modo:

[...] os conflitos coletivos têm papel decisivo não só para criar a norma, como para mantê-la viva e atuante. É que o Direito não se completa no momento de sua proclamação: é afirmado, negado e transformado a cada dia, pelas mãos dos homens que o operam. Para que ele tenha eficácia real, as fontes materiais que o fizeram brotar devem continuar atuando. (VIANA, 2000, p. 144-145)

No entanto, pode-se falar hoje de uma crise do sindicalismo contemporâneo, já que a reestruturação produtiva do sistema capitalista num contexto de globalização, ao estabelecer novos padrões de organização do trabalho, conseguiu “desorganizar” e, assim, enfraquecer substancialmente os movimentos sindicais. A fábrica se fragmentou, transferindo etapas do ciclo produtivo para empresas terceiras, horizontalizando-se, dificultando o acesso do sindicato aos trabalhadores das pequenas empresas. E, internamente, terceirizou a mão de obra, criando classes diferentes de trabalhadores em sua composição – os empregados e os terceirizados – e estruturou o trabalho em células de produção, segundo o modelo *toyotista*, o que interiorizou o poder hierárquico nos próprios trabalhadores, tornando-o menos visível⁴.

4 Sobre os impactos no sindicalismo da reestruturação produtiva e do modelo toyotista de produção, remete-se o leitor às seguintes obras: ALVES, 2000; ANTUNES, 2002;

Dessa forma, como observa Maíra Neiva Gomes (2011), as taxas de sindicalização decresceram vertiginosamente, acarretando o enfraquecimento dos sindicatos. O baixo índice de filiação pode ser explicado, ainda, pela ocorrência de pressões pela não filiação, potencializadas pela ausência de proteção eficaz contra a despedida arbitrária⁵.

É que, exatamente por exercer este papel de contrapoder nas relações de trabalho, de forma a garantir a efetividade das normas trabalhistas, o sindicato é duramente rejeitado e antagonizado pela maior parte dos empregadores, que buscam maneiras de afastar a sua atuação do âmbito de suas empresas e impedir a aproximação de seus empregados das correspondentes atividades sindicais.

Por outro lado, pode-se afirmar que existe um “caldo de cultura antissindical”, disseminado pelo discurso hegemônico amplamente disseminado pela esmagadora maioria dos grandes meios de comunicação de massa e, assim, replicado entre os próprios trabalhadores, que se tornam cada vez mais resistentes à aproximação das organizações sindicais, que são taxadas de vândalas, baderneiras, pelegas, ineficazes ou aproveitadoras.

Nesse contexto, como observa Márcio Túlio Viana (2004), o sindicato já não luta para crescer, mas para sobreviver. O seu papel passa a ser apenas o de preservar as normas trabalhistas já existentes, lutando contra as sucessivas e reiteradas ofensivas neoliberais tendentes à precarização das relações de trabalho, ou seja, lutando pelo direito.

Entretanto, o mesmo autor demonstra que a crise do sindicato afeta negativa e diretamente o Direito do Trabalho, afirmando que o sindicato não pode ser visto como um personagem causal, mas como agente decisivo para a salvação do próprio Direito (VIANA, 2010, p. 333).

Com efeito, o sindicato é peça essencial para o diálogo social em uma sociedade democrática, sendo imprescindível para promover o equilíbrio da relação capital-trabalho e preservar os direitos dos trabalhadores de retrocessos, além

VIANA, 2004. Mais atualmente, sobre os impactos da 4ª Revolução Industrial e da “*gig economy*” nas relações de trabalho, *vide*: ANTUNES, 2018; FELICIANO e MISKULIN, 2019; FELICIANO e PASQUALETO, 2019.

5 A reforma trabalhista realizada em 2017 aprofundou, ainda mais, a crise do sindicalismo brasileiro. Segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizada em 2020, o número de trabalhadores associados a sindicatos trabalhistas teve queda de 21,7% desde a reforma trabalhista, conforme reportagem do Portal G1 (SILVEIRA, 2020).

de lutar continuamente pela melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica.

Não por outra razão, o STF, no recente julgamento proferido no Recurso Extraordinário (RE) 999435, Tema 638 de repercussão geral, reconheceu a necessidade de intervenção sindical nos procedimentos de dispensa coletiva, fixando a seguinte tese jurídica, de efeitos vinculantes e *erga omnes*: “A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com a autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo”⁶.

Nas palavras de Antonio Baylos, “o direito do trabalho se refaz sempre sobre novos equilíbrios, nos quais a vontade e a ação dos sujeitos sociais são decisivos” (BAYLOS, 1999, p. 188).

Entretanto, o sindicato não consegue desempenhar este papel de efetivação das normas trabalhistas por estar sujeito, a todo o momento, a condutas antissindicais, que configuram barreiras a uma efetiva organização e atuação sindical e, em última análise, à própria democracia e ao estado democrático de direito. Isso porque as condutas antissindicais, como, por exemplo, a proibição da participação em organizações sindicais e a retaliação a movimentos reivindicatórios, diminuem a força da participação popular na construção de normas jurídicas e no progresso da sociedade. Sendo assim, pode-se afirmar que, sem uma efetiva proteção ao sindicato e à sua atuação autônoma e independente, não há como se preservar nem o direito do trabalho e nem, em última análise, a própria democracia.

As condutas antissindicais, como se sabe, também podem ser direcionadas diretamente contra a entidade sindical em si considerada, por meio de atos de ingerência e de interferência em seu funcionamento e na atuação sindical. O foco do presente estudo, contudo, são as condutas antissindicais direcionadas ao trabalhador em si considerado, em decorrência de sua ligação com o sindicato ou com atividades sindicais – o que se denominará de “discriminação antissindical”, honrando o termo há muito adotado na normativa internacional oriunda da OIT.

6 BRASIL, RE 999435, tema 638 de repercussão geral.

2. “DISCRIMINAÇÃO ANTISSINDICAL” NAS CONVENÇÕES DA OIT

A liberdade sindical é consagrada internacionalmente como direito humano e é considerada patrimônio cultural da humanidade em uma série de tratados internacionais, editados por organismos internacionais e blocos regionais comunitários. Seu reconhecimento é fruto das lutas históricas de sindicatos de todo o mundo, em suas reivindicações por melhores condições de trabalho e por direitos sociais e políticos.

No âmbito trabalhista, a OIT, desde sua criação em 1919, no bojo do Tratado de Versalhes – tratado de paz que colocou fim à Primeira Guerra Mundial – destaca a proteção à liberdade sindical como um dos objetivos fundamentais do organismo internacional. É direito expresso no preâmbulo da Constituição da OIT de 1919 como um dos meios essenciais para a preservação da paz mundial, o que também foi reforçado em seu anexo (Declaração da Filadélfia de 1944), destacando a liberdade de expressão e de associação como indispensáveis para o progresso ininterrupto da humanidade.

Ainda, a Declaração sobre os Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho de 1998, que elencou os quatro eixos fundamentais de atuação da OIT, indicou como primeiro eixo a “liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva” (OIT, 1998).

Esta Declaração de 1998 deixou claro que os princípios relacionados aos quatro eixos fundamentais elencados são aplicáveis a todos os Estados-membros da OIT, independentemente de ratificação das Convenções respectivas. Como as Convenções Fundamentais referentes a cada um dos referidos eixos são eminentemente principiológicas, é possível defender a sua aplicabilidade a todos os Estados-membros da OIT, sendo desnecessária a formalidade da sua ratificação para que se exija a observância de seus preceitos.

Em relação ao primeiro eixo, são Convenções Fundamentais a de n. 87, sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, de 1948⁷, e a de n. 98, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949⁸.

7 A Convenção n. 87 da OIT não foi ratificada pelo Brasil. Texto em português disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_239608/lang--pt/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

8 A Convenção n. 98 da OIT teve sua ratificação pelo Brasil autorizada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 27.8.52, do Congresso Nacional; foi formalmente ratificada junto à OIT em 18/11/1952; tendo sido promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 29 de junho de 1953 (BRASIL, 1953). Em 2019, referido Decreto foi substituído e revogado pelo Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, que “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promul-

A primeira delas, Convenção n. 87, de 1948, trata da liberdade sindical com enfoque na liberdade de constituição das entidades sindicais e no aspecto positivo da liberdade sindical individual, consistente no direito de livre filiação (artigo 2º); nos direitos de autonomia das organizações sindicais, consubstanciado nos direitos de estipular livremente seus estatutos, eleger suas lideranças e de auto-organização, bem como de independência dos sindicatos em relação aos Poderes Estatais (artigo 3º); além de tratar da liberdade de organização da estrutura sindical, ou seja, ao direito dos sindicatos se filiarem a outras entidades sindicais de níveis hierárquicos diversos em seu próprio país, ou de âmbito internacional (artigos 5º e 6º). Destaca-se nela, portanto, a proteção das próprias entidades sindicais.

A segunda dessas convenções fundamentais, a Convenção n. 98, de 1949, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, veio complementar a proteção sindical prevista na Convenção n. 87, estabelecendo a “operacionalidade do princípio de liberdade sindical nas relações intersubjetivas” (GIUGNI, 1991, p. 48).

Em seus artigos 1º e 2º, protege os trabalhadores e as próprias entidades sindicais contra as condutas antissindicais, tanto em relação aos atos de discriminação antissindical – sob a perspectiva individual, portanto – quanto no tocante aos atos de ingerência nessas entidades – perspectiva que considera as organizações sindicais como sujeito passivo de tais condutas.

Nesse ponto, faz-se necessário destacar a questão da nomenclatura adotada no âmbito internacional para as condutas que ferem a liberdade sindical do trabalhador individualmente considerado.

Como é cediço, os idiomas originais e oficialmente adotados na OIT são o inglês, o francês e, mais recentemente, o espanhol. No artigo 16 da Convenção n. 98, de 1949, como é usual no procedimento de edição das Convenções Internacionais da OIT, consignou-se que “As versões francesa e inglesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas”, de forma que os idiomas oficiais adotados quando da aprovação desta Convenção pela Conferência In-

gação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil”, em que se menciona a Convenção n. 98 em seu artigo 2º, VII, reproduzindo-a em seu Anexo VII (BRASIL, 2019). Estranhamente, quando da edição desse Decreto n. 10.088/2019, houve uma alteração do texto dos artigos 9º e 10 da Convenção n. 98, parecendo se tratar de erro material ocorrido no processo de consolidação, pelo que se sugere a consulta ao texto oficial utilizado no momento de sua ratificação, constante do anexo do Decreto n. 33.196/1953, de promulgação da Convenção ratificada, ainda que revogado posteriormente.

ternacional do Trabalho são o francês e o inglês, tratando-se as versões em outros idiomas de meras traduções do texto original.

Na versão francesa, o artigo 1º da Convenção n. 98, de 1949, dispõe:

*ARTICIE 1 – 1. Les travailleurs doivent bénéficier d'une protection adéquate contre tous **actes de discrimination** tendant à porter atteinte à la liberté syndicale en matière d'emploi. [grifos nossos]*

Na versão em língua inglesa, por sua vez, eis os termos adotados no mesmo artigo 1º da Convenção n. 98, de 1949:

*Article 1 – 1. Workers shall enjoy adequate protection against **acts of anti-union discrimination** in respect of their employment. [grifos nossos]*

Como se pode notar, em ambos os idiomas oficiais, a proteção contra condutas antissindicais praticadas contra os trabalhadores individualmente considerados é denominada de “discriminação antissindical” (tradução livre de ambos os idiomas).

A utilização do enfoque antidiscriminatório (e da nomenclatura correspondente) para tratar dessa vertente da proteção da liberdade sindical também pode ser verificada nas decisões do Comitê de Liberdade Sindical.

Durante toda a sua existência, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT acumulou ampla “jurisprudência”, consistente em posicionamentos relativos aos casos submetidos à sua apreciação e análise. Os verbetes do Comitê, consolidados e submetidos a publicações periódicas⁹, representam importante acervo de decisões no campo da liberdade sindical, em geral, e dos direitos sindicais, em particular (OIT, 1994, p. 18).

Na mais recente “Compilação de decisões do Comitê de Liberdade Sindical”, correspondente à sexta edição, publicada em 2018, o termo adotado, no idioma inglês, é “**Anti-union discrimination**”, apontada como “uma das mais sérias violações da liberdade sindical, que pode prejudicar a própria existência das

9 Desde sua criação em 1951, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT já publicou seis edições de consolidações de seus verbetes, sendo que a primeira foi editada em 1972. Neste trabalho, utiliza-se a versão mais atualizada, publicada em 2018 (ILO, 2018). Registra-se que os números dos verbetes se alteram em cada uma das edições, já que os casos examinados pelo Comitê de Liberdade Sindical são organizados por tema, sendo acrescentados novos verbetes a cada nova edição. Recomenda-se, portanto, sempre que se for consultar os verbetes do Comitê de Liberdade Sindical, verificar a edição e o ano de publicação do documento.

entidades sindicais” (tradução livre do verbete n. 1072 da sexta edição, que inicia o capítulo 13 da publicação, destinado ao tema “Proteção contra discriminação” – ILO, 2018)¹⁰.

Ocorre, entretanto, que a tradução para o português da Convenção n. 98 da OIT, de 1949, curiosamente, suprimiu o termo “discriminação”, tendo sido adotada a seguinte redação em nosso idioma:

ARTIGO 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer **atos atentatórios à liberdade sindical** em matéria de emprego (BRASIL, 1953) [grifos nossos]

Se, por um lado, tal tradução para o português aparentemente possa ter dado amplitude maior à proteção da liberdade sindical, acabou por suprimir o importante enfoque antidiscriminatório, presente na normativa internacional.

3. A PROTEÇÃO CONTRA A “DISCRIMINAÇÃO ANTISSINDICAL” NAS NORMAS INTERNAS BRASILEIRAS

Em nosso país, as normas legais internas, tradicionalmente, não abordavam as condutas antissindicais como formas de discriminação, sendo necessário um esforço doutrinário e jurisprudencial para a utilização das regras antidiscriminatórias, principalmente da Lei n. 9.029/1995, para a proteção de trabalhadores prejudicados em função de sua aproximação ou atuação em atividades sindicais.

Como já examinado, o principal diploma internacional incorporado à ordem jurídica brasileira, relativo à proteção dos trabalhadores individualmente considerados contra condutas antissindicais, é a Convenção n. 98 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 33.196/1953.

No tocante à proteção específica aos representantes dos trabalhadores, a OIT editou, em 1973, a Convenção n. 135, também ratificada pelo Brasil¹¹,

10 No original: “1072. *Anti-union discrimination is one of the most serious violations of freedom of association, as it may jeopardize the very existence of trade unions*” (ILO, 2018, p. 201).

11 A Convenção n. 135 da OIT teve sua ratificação pelo Brasil autorizada pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.89, do Congresso Nacional; foi formalmente ratificada junto à OIT em 18/5/1990; tendo sido promulgada pelo Decreto n. 131, de 22 de maio de 1991 (BRASIL, 1991). Em 2019, referido Decreto foi substituído e revogado pelo Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, que “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República

que dispõe, em seu art. 1º, que os representantes dos trabalhadores devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, motivadas por sua qualidade ou atividades realizadas (BRASIL, 1991).

A Convenção n. 151 da OIT, sobre o Direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública, de 1978, ratificada pelo Brasil em 2010¹², estende a mesma proteção contra condutas antissindicais aos trabalhadores da Administração Pública, nos seus art. 4º e 5º, nos quais praticamente é repetido o texto da Convenção n. 98 em relação à proteção do direito de sindicalização.

No âmbito constitucional, são relevantes as previsões do artigo 8º, inciso V, que estabelece que ninguém será obrigado a se filiar a qualquer sindicato, e inciso VIII, que veda 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 (BRASIL, 1988).

Na CLT, editada pelo Decreto-Lei n. 5.452/1943, a proteção específica dos dirigentes sindicais é regulamentada no artigo 543, em cujo *caput* consta a importante previsão de que o empregado eleito para cargo de representação sindical “não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais”. Também há disposições acerca da estabilidade provisória do dirigente sindical, entendido como “aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei” (parágrafo 4º).

A maior parte das normas celetistas que tratam de proteções contra condutas antissindicais se concentram na figura do dirigente sindical, já que o exercício desta relevante função torna este trabalhador o alvo prioritário desses atos discriminatórios. Entretanto, os demais trabalhadores, ainda que não tenham

Federativa do Brasil”, em que se menciona a Convenção n. 135 em seu artigo 2º, XLVI, reproduzindo-a em seu Anexo XLVI (BRASIL, 2019).

12 A Convenção n. 151 da OIT teve sua ratificação pelo Brasil autorizada pelo Decreto Legislativo n. 206, de 7/4/2010, do Congresso Nacional; foi formalmente ratificada junto à OIT em 15/6/2010; tendo sido promulgada pelo Decreto n. 7.944, de 6 de março de 2013 (BRASIL, 2013). Em 2019, referido Decreto foi substituído e revogado pelo Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019, que “Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil”, em que se menciona a Convenção n. 151 em seu artigo 2º, LXXVI, reproduzindo-a em seu Anexo LXXVI (BRASIL, 2019).

sido eleitos para cargos de representação, também podem ser alvo de condutas prejudiciais ou retaliatórias em matéria de emprego por sua aproximação com o ente sindical, por participação em greves, assembleias ou por quaisquer outras atividades relacionadas à ação sindical.

Inserido no mesmo artigo 543, em seu parágrafo 6º, como lembram Luiz Otávio Linhares Renault e Márcio Túlio Viana (1997a, p. 190), há uma das poucas normas explícitas de proteção contra condutas antissindicais praticadas contra os empregados em geral no ordenamento brasileiro, pouco conhecida e raramente aplicada:

Art. 543. [...]

§ 6º – A empresa que, **por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado** fica sujeita à penalidade prevista na letra a do art. 553, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado. (Incluído pelo Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967). [grifos nossos]

Este dispositivo faz referência à penalidade administrativa fixada no art. 553 da CLT, a ser aplicada pelo órgão de fiscalização do trabalho. Além disso, determina que o empregado que sofra uma conduta antissindical tem direito a ser reparado – o que pode ser tanto do ponto de vista material, consistente em prejuízos financeiros que tenha sofrido, quanto do ponto de vista moral, por ter tido violado o seu direito fundamental à liberdade sindical.

Não se discute que a proteção dos representantes dos trabalhadores é imprescindível para se assegurar a autonomia sindical e o direito de auto-organização dos sindicatos. Todavia, a proteção contra condutas antissindicais não pode ficar restrita aos dirigentes sindicais. Marcus de Oliveira Kaufmann adverte:

Os trabalhadores comuns também e principalmente são vítimas diretas da antissindicalidade como formadores de uma coletividade que precisa ter resguardado o direito de sindicalização e de participação nas atividades sindicais. (KAUFMANN, 2005, p. 208)

Essa maior extensão subjetiva do alcance da proteção contra atos discriminatórios antissindicais impõe-se pela própria função de garantia, direta e indireta, da atividade sindical e de seu desenvolvimento normal e eficaz. Com efeito, se só se protegesse o pequeno número de dirigentes sindicais e representantes dos trabalhadores e se se permitisse atos antissindicais contra os

meros “militantes” ou membros da categoria profissional, o sistema tutelar instituído pelas normas internacionais e nacionais aqui apontadas certamente não alcançaria sua finalidade, já que, “para que se possa praticar livre e efetivamente a liberdade sindical, não somente é necessário proteger aos que dirigem e tomam decisões, como também é necessário dar cobertura aos que executam” (URIARTE, 1989, p. 27).

Desse modo, verificando-se que as condutas antissindicais dirigidas contra um trabalhador individualmente considerado podem, a exemplo do que já ocorre no âmbito internacional, serem identificadas como atos de “discriminação antissindical”, são plenamente aplicáveis as normas que tutelam o direito à não discriminação também nos casos em que um trabalhador comum sofra um tratamento prejudicial ou retaliatório em matéria de emprego em virtude do exercício de seus direitos sindicais.

Assim, para assegurar uma proteção específica e mais abrangente de todos os trabalhadores envolvidos em atividades sindicais, defende-se a aplicação ampla e generalizada da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que veda toda e qualquer forma de discriminação para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho a qualquer trabalhador que se envolva em atividades associativas ou sindicais. Esse diploma legal, como já é pacífico entendimento jurisprudencial, também deve ser aplicado às situações de discriminação antissindical, ou seja, no tratamento prejudicial ao trabalhador motivado pela sua atuação sindical ou por seu relacionamento com seu sindicato (PIMENTA, 2014).

Com efeito, o art. 1º da Lei n. 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ou manutenção da relação de emprego. O mencionado dispositivo legal, em sua redação original, apresentava um rol de motivos de discriminação que incluía os motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. A doutrina e a jurisprudência dominantes já defendiam que o rol constante do art. 1º não era taxativo, já que a lei em questão é mero desdobramento de uma norma mais ampla que impede, em todos os níveis, a discriminação: o princípio da isonomia (VIANA; PIMENTA, 2010).

Essa controvérsia foi finalmente superada em virtude de esse dispositivo ter sido alterado pela Lei 13.146/2015, passando a prever, expressamente o seguinte:

Art. 1º É proibida a adoção **de qualquer** prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, **entre outros**, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7.o da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei n. 13.146, de 2015). [grifos nossos]

Mais recentemente e na mesma linha de combate a esses atos de discriminação antissindical, a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), ao acrescentar à CLT a regulamentação da representação dos trabalhadores prevista no artigo 11 da Constituição Federal de 1988, referiu-se à necessidade de tais representantes atuarem para impedir atos de “discriminação por atuação sindical”¹³, reafirmando a necessária compreensão de que os tratamentos prejudiciais dos trabalhadores que se envolvem em atividades sindicais são também espécies de discriminação e, como tais, devem ser combatidas.

Como em qualquer outro caso de lesão ou de ameaça de lesão a direitos fundamentais, sempre será decisivo e essencial que haja o adequado equacionamento da dimensão processual do problema, para impedir que, mais uma vez, a vedação normativa à prática de atos de discriminação antissindical não produza efeitos práticos e concretos, na esfera decisiva da realidade empírica. Isto equivale a dizer que de nada adiantará o ordenamento jurídico material proclamar o direito de todo e qualquer empregado não ser discriminado e de não sofrer, de seu empregador, atos de retaliação apenas porque pretendeu exercer seu direito fundamental de filiar-se a seu sindicato e de atuar no dia a dia, dentro e fora de seu ambiente de trabalho, em favor da ação coletiva deste e de seus companheiros de lutas e de reivindicações se não lhe for possível exercer seu direito constitucional de ação para obter do Poder Judiciário trabalhista, a tempo e a modo, a tutela jurisdicional célere e efetiva que também lhe foi constitucionalmente prometida (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Norma Fundamental brasileira).

Para tanto, será indispensável que todos os operadores do Direito permaneçam atentos para os indícios da prática, reiterada ou não, por parte dos

13 “Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições: [...] V – assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo **qualquer forma de discriminação por motivo de** sexo, idade, religião, opinião política ou **atuação sindical**; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)” (BRASIL, 2017). [grifos nossos]

empregadores, de atos, expressos ou velados, que direta ou indiretamente impeçam o exercício da liberdade sindical por parte de todos os seus empregados e não apenas pelos seus empregados que tenham assumido a condição de dirigentes sindicais e representantes dos trabalhadores, como a outro lado da moeda da atuação sindical que a Constituição, as leis trabalhistas e as normas internacionais do trabalho reconhecem como direito fundamental. Se detectada essa prática e se forem ajuizadas as correspondentes ações trabalhistas pleiteando as tutelas inibitória e ressarcitória correspondentes, deverá a Justiça do Trabalho estar preparada para, após a devida instrução processual, com plena observância do contraditório, da ampla defesa e dos recursos a todos assegurada (inclusive com a eventual aplicação da inversão do ônus da prova das partes, nos termos dos novos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 818 da CLT, acrescentados pela Reforma Trabalhista da Lei n. 13.467/2017¹⁴), fornecer, nos casos de procedência desses pedidos iniciais, a prestação jurisdicional efetiva, capaz de realmente proteger esse direito fundamental dos trabalhadores.

4. CONCLUSÃO

Nesses tempos de grave crise econômica, sanitária e social em que, nos últimos anos, a legislação trabalhista brasileira incontroversamente foi reformada para diminuir substancialmente o denominado **patamar mínimo civilizatório** que antes era assegurado aos trabalhadores brasileiros, com base na promessa de que essas profundas e radicais transformações aumentariam a empregabilidade e significariam uma necessária e inevitável modernização das

14 "Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)" (BRASIL, 1943).

relações trabalhistas em nosso país. Entretanto, o choque da realidade atual tem demonstrado a falácia e o fracasso de tais promessas, em um cenário de um desemprego cada vez mais alto, de uma crescente **informalidade** das relações de trabalho e de emprego, de precarização dos direitos trabalhistas e de um enfraquecimento cada vez maior das entidades sindicais dos trabalhadores.

Nesse cenário, é inegável que as generosas promessas constitucionais da Constituição Democrática de 1988 tornam-se cada vez menos realidade e que os direitos fundamentais sociais a todos assegurados na esfera abstrata do **dever-ser** mostram-se a cada dia mais difíceis de concretizar.

A resposta para problemas tão graves, certamente, é mais democracia e maior efetividade para as normas trabalhistas constitucionais, legais e internacionais e, como a experiência histórica de outros países e também do Brasil demonstra, isso somente será possível com a ajuda e a atuação intensa das entidades sindicais de todos os níveis dos próprios trabalhadores, hoje tão atingidas e fragilizadas.

O trabalhador, ao ingressar no interior de seu local de trabalho, não se despe de sua condição de pessoa humana e de cidadão, e continua, em sua plenitude, como titular de seus direitos fundamentais, sendo absolutamente inaceitável que este sofra qualquer forma de discriminação em decorrência de sua origem e de sua condição sexual, racial, de gênero, estado social, idade, entre outros motivos que o particularizem. Da mesma forma, os seus direitos como trabalhador e empregado, por igual precisam ser integralmente assegurados, e, para tanto, é indispensável a existência e a atuação de suas entidades sindicais, com a intensa participação e colaboração de todos os empregados por elas representados que assim o desejem, devendo também ser coibida qualquer forma de discriminação antissindical.

Diga-se com todas as letras: é impossível cogitar da existência de um regime democrático forte e verdadeiro sem a existência e a participação de sindicatos de trabalhadores vigorosos e reivindicativos. E, para tanto, é preciso que o ordenamento jurídico nacional e internacional que, no plano normativo, já reconhece e proclama, como direito fundamental, **a liberdade sindical** e veda, expressamente, a prática, pelos empregadores, de **atos de discriminação antissindical** não só contra os dirigentes sindicais e outros representantes dos trabalhadores, mas também contra seus empregados em geral, torne-se realidade plena e efetiva, no dia a dia das empresas e de seus trabalhadores. Sem isso, não será mesmo possível pretender que esses personagens fundamentais

do regime democrático possam desempenhar a contento sua relevantíssima função de reequilibrar, ainda que parcialmente, as relações entre o capital e o trabalho e que a grave crise que atinge nosso país no campo das relações trabalhistas seja superada.

Nesse momento histórico em que se assiste, no plano federal, à alternância de poder, com perspectivas reais de reconstrução da democracia e do reestabelecimento do Estado Democrático de Direito tão ameaçados nos últimos anos, talvez seja possível cogitar-se de nova lei, no plano federal, que, de forma clara e expressa, concretize a liberdade sindical e introduza medidas e procedimentos capazes de não apenas vedar mas também combater, com efetividade e rapidez, os atos de discriminação antissindical objeto do presente artigo. É o que se espera e, democraticamente, aqui se propõe.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo (Org.). **Neoliberalismo, trabalho e sindicatos**: reestruturação produtiva no Brasil e na Inglaterra. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2002.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho**: modelo para armar. Trad. Flávio Benites e Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo7. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 131, de 22 de maio de 1991**. Promulga a Convenção n. 135, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0131.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 33.196, de 29 de junho de 1953**. Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada

em Genebra, a 1º de junho de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/anexo/And33196-53.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 7.944, de 6 de março de 2013**. Promulga a Convenção n. 151 e a Recomendação n. 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7944.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 999435, Tema 638 de repercussão geral**. Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin, Julgamento em 8/6/2022. DJE 15/9/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353488317&ext=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (Coord.). **Infoproletários e a Uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. **(Re) descobrindo o direito do trabalho**: gig economy, uberização do trabalho e outras flexões. *Jota*, 2019. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O_TRABALHO_NA_GIG_ECONOMY_-_Jota_2019.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

GIUGNI, Gino. Direito sindical. **Colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni Girofalo**. Trad. e notas de Eiko Lúcia Itioka; revisão técnica José Francisco Siqueira Neto. São Paulo: LTr, 1991.

GOMES, Maíra Neiva. **Reflexões sobre o sindicalismo contemporâneo**: estudos em homenagem a Marcos Marçal. Belo Horizonte: RTM, 2011.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. Freedom of Association. **Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association**. 6. ed. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Das práticas anti-sindicais às práticas anti-representativas**: sistemas de combate e a tutela de representações coletivas de trabalhadores. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. Trad. Edilson Alkimin Cunha. São Paulo: LTr, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição da OIT, de 1919, e seu Anexo, Declaração de Filadélfia, de 1944**. Texto aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal – 1946). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 98, sobre o Direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949**. Versão em Francês. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312243,fr:NO. Acesso em: 28 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 98, sobre o Direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949**. Versão em Inglês. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312243,en:NO. Acesso em: 28 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998**. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

PERONE, Giancarlo. **Lineamenti di diritto del lavoro**: evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.

PIMENTA, José Roberto Freire; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Discriminação antissindical: o necessário retorno ao sindicato e à perspectiva de classe. *In*: ASSUNÇÃO, Any Ávila; CARVALHO, Augusto César Leite de. **O trabalho contemporâneo e suas dimensões de vulnerabilidade**. Brasília: Venturoli, 2022.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **Condutas antissindicais praticadas pelo empregador**. São Paulo: LTr, 2014.

SILVEIRA, Daniel. Brasil perdeu 21,7% dos trabalhadores sindicalizados após a reforma trabalhista, diz IBGE. **Portal G1**, Economia, Rio de Janeiro, 26/8/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/26/brasil-perdeu-217percent-dos-tra>

balhadores-sindicalizados-apos-a-reforma-trabalhista-diz-ibge.ghtml. Acesso em: 28 mar. 2021.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

URIARTE, Oscar Ermida. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. São Paulo: LTr, 1989.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *In*: PIMENTA, José Roberto Freire et al (Org.). **Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Conflitos coletivos do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 66, n. 1, p. 116-150, jan./mar. 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Crise econômica e atuação sindical. **Revista LTr Suplemento Trabalhista**, v. 073, p. 329-333, 2010.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. Sindicato e trabalhador: a flexibilidade através do sujeito. *In*: PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Temas de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2011. p. 37-53.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei n. 9.029/1995). *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coords.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Reintegração liminar do líder sindical. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **O que há de novo em processo do trabalho**: homenagem a Wilson Carneiro Vidigal. 1. ed. São Paulo: LTr, 1997.

AS FACES DA LIBERDADE SINDICAL

Carlos Eduardo Oliveira Dias

Doutor em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutor pela Universidade de Córdoba (Argentina). Pós-doutorando e pesquisador do Instituto de Economia da Unicamp, no segmento economia social e do trabalho. Juiz titular da 1ª VT de Campinas e juiz auxiliar da Corregedoria Regional do TRT da 15ª Região. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2015-2017); juiz auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (2018-2020); juiz auxiliar da vice-corregedoria regional do TRT da 15ª Região (2020-2022). Contato eletrônico: carlosdias1968@uol.com.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/9575088959352960>

A liberdade, que é uma conquista, e não uma doação, exige permanente busca. Busca permanente que só existe no ato responsável de quem a faz. Ninguém tem liberdade para ser livre: pelo contrário, luta por ela precisamente porque não a tem. Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho, as pessoas se libertam em comunhão.

Paulo Freire

INTRODUÇÃO

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição, muitos de seus preceitos ainda restam ineficazes, seja pela ausência de regulamentação específica, seja pela inadequação das normas já existentes, o que tem interditado parte significativa da sua efetividade. Em algumas situações, as demandas judiciais destinadas a suprir essas lacunas criam uma esfera singular de efetivação de direitos, em muitos casos colocando em franco conflito os interesses sociais e de particulares.

Um dos direitos cujo exercício ainda não se concretizou plenamente é o da liberdade sindical. Ainda que elevado à qualidade de princípio constitucional, a preservação de regras limitadoras na própria Constituição e a falta de um regimento próprio – o que inclui a não ratificação da Convenção 87, da OIT – tem causado um cenário de artificialidade na representação sindical, ainda fundado na manutenção das estruturas corporativas das décadas de 1930-1940.

A bem da verdade, o quadro multipolar que se configurou após 1988 transferiu as discussões mais substanciais a respeito do exercício da liberdade sindical para o plano judicial, que passou a ser a arena de definição da representação sindical unitária e de regulação do financiamento das entidades sindicais.

Isso se fez, sobretudo, com a gradual repriminção dos preceitos infraconstitucionais que disciplinam a organização sindical brasileira, resultando em uma subversão completa no sentido da garantia lavrada na Constituição. Em tempos de uma “reforma” que mutilou a CLT e do prenúncio de grandes dificuldades para a sobrevivência das entidades sindicais, é fundamental retomarmos algumas diretrizes conceituais relevantes, destinadas a contribuir com o tema central deste trabalho.

1. A LIBERDADE SINDICAL COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

O processo de internacionalização dos direitos humanos e sua influência nos sistemas constitucionais contemporâneos é um fato indissociável do que ocorreu com os direitos trabalhistas desde o fim do século XIX até o início do século XX. Dessa maneira, o fluxo dos direitos humanos circunda completamente o que hoje entendemos por direitos indispensáveis à condição humana, seja para fundamentá-los aprioristicamente, seja para obter sua afirmação para além de elementos circunstanciais, como o tempo e o espaço em que se situam.

Os **direitos fundamentais**, por seu turno, estão acoplados à noção de direitos humanos, mas em um sentido restritivo: assim são considerados apenas os que são reconhecidos e protegidos no plano institucional de cada Estado, por intermédio de sua Constituição. Distinguem-se dos direitos humanos a partir do critério da concreção positiva, “vale dizer, no fato de os direitos fundamentais, conquanto humanos em sua origem, terem reconhecimento e proteção no âmbito constitucional interno”, pelo que “é possível falar-se em direitos humanos ‘fundamentalizados’ em oposição a direitos humanos ‘não fundamentalizados’ por determinado Estado”¹⁵. Por tal critério, encontramos um conjunto de atributos que são dotados de essencialidade universal e atemporal, ao qual nominamos **direitos humanos**, e cujo conteúdo só pode variar à medida que existam novas dimensões necessárias à Humanidade, sempre em sentido crescente e progressivo. Nesse conjunto, há núcleos específicos assimilados em determinados ordenamentos, e que representam a escolha de certos direitos no plano constitucional, para qualificá-los como **fundamentais**, a partir do que a própria ordem jurídica lhes empresta o caráter auto vinculante de exigibilidade. Por isso, os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos escolhidos e qualificados pelo legislador de cada Estado, para figurar em sua Constituição e compor o complexo substancial em torno do qual se desenvolve toda a legislação inferior¹⁶.

15 MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1978. p. 42.

16 Embora esse critério tenha matriz científica, nem sempre o legislador respeita precisamente essa concepção. Luciano Martinez, p.ex. (**Condutas antissindicais**. São Paulo: LTr, 2013. p 43-44), registra a existência de **direitos formal e materialmente fundamentais**, explicando que representam os quem “a um mesmo tempo, estão escritos na Constituição e tratam de temas que interessam à dignidade da pessoa humana e à separação de poderes.” No entanto, há também os que são **ma-**

Em sentido paralelo, é incontestável que o Direito do Trabalho assumiu, no decorrer do século XX, uma condição substancial de instrumento civilizatório, firmando-se como o mais “clássico e abrangente instrumento de políticas sociais surgido no capitalismo, produzindo inquestionável intervenção normativa na economia, em favor, regra geral, de importante distribuição social dos ganhos do sistema econômico”¹⁷. Isso se deu não somente pela institucionalização das diretrizes de proteção ao trabalho, voltadas às relações individuais entre empregados e empregadores, mas também no plano das relações de caráter coletivo, efetivamente conferindo às entidades sindicais o fator de imprescindibilidade no processo de construção da emancipação obreira. O direito de associação sindical, já integrado aos modelos normativos mais relevantes desde o fim do século XIX, passa a compor novo conceito: o do exercício da liberdade associativa como um direito humano e fundamental, ao menos em parte significativa dos ordenamentos colhidos pelo constitucionalismo social. É curioso, no entanto, constatar que essa afirmação tenha se destacado tanto da percepção de liberdade defendida pelas revoluções burguesas, e que só venha a florescer mais de cem anos depois da consagração da primeira geração de direitos humanos. A razão histórica dessa dissociação reside no fato de que, para os oitocentistas, o associativismo representava uma contrafação grave à liberdade de trabalho e ao exercício de qualquer atividade econômica. Assim, no conceito original de liberdade, não se incluía a liberdade associativa e, muito menos, a de associação sindical. Evaristo de Moraes Filho, ressaltando essa contradição, cita texto de Léon Duguit, cuja precisão justifica sua literal transcrição:

A liberdade individual inclui a liberdade de associação. Se ao homem é dado o direito de desenvolver livremente suas atividades, deve ter o direito de se associar livremente a outros homens. No entanto, não aparece em nenhuma das nossas Declarações nem em nossas Constituições do período revolucionário uma única palavra ou uma simples alusão à liberdade de associação. É a Constituição de 1848 a primeira a reconhecer expressamente “aos cidadãos o direito de se associar” (art. 2). Não somente os redatores da Declaração de 1789 não viram a liberdade

terialmente fundamentais, “que, apesar de não sediados na Constituição, foram recepcionados pela ordem interna mediante procedimento nela previsto, especialmente por tratarem, em sua essência, da temática fundamental”. Seria esse o caso dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados internamente. Por fim, haveria direitos *apenas* materialmente fundamentais: são os que, embora estejam na Constituição, não se relacionam com a dignidade humana nem com a separação de poderes, como é o caso do par. 2º do art. 242, da Constituição Brasileira de 1988.

17 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 98.

de associação como lhes pareceu poder atingir o próprio princípio da liberdade individual.¹⁸

Como se nota, embora pareça natural que a liberdade associativa estivesse inserida no conceito de liberdade – valor tão caro aos revolucionários do século XVIII –, não era essa a concepção que tinham, mormente pela já explorada rejeição que nutriam pelas corporações. Dessa forma, conforme explica Duguit, o período imediatamente posterior à Revolução Francesa ignorou completamente a possibilidade de reconhecimento da liberdade de associação como um corolário da liberdade, ainda que isso se evidencie contraditório. Ao contrário disso, envidaram-se todos os esforços para instituir mecanismos jurídicos de restrição ao associativismo, em especial aquele fundado na identidade profissional. Com isso, embora a liberdade de associação seja naturalmente derivada do reconhecimento dos direitos civis e políticos, sua configuração como direito humano somente será consumada a partir da construção dos direitos sociais, entre o final do século XIX e o início do século XX.

Não é por outro motivo que somente os diplomas consagradores do constitucionalismo social é que abarcam, de modo preciso, o direito de associação sindical: em primeiro lugar, a Constituição de Weimar, cujo art. 159 garantia para todos e para cada profissão a liberdade de associação destinada à defesa e exigência de condições de trabalho e econômicas, e considerava ilegais todas as medidas que limitem essa liberdade ou que pretendam impedi-la¹⁹. No mesmo sentido, no extenso rol de garantias trabalhistas do art. 123 da Constituição Mexicana encontra-se o direito de associação sindical a operários e a

18 MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1978. p. 89, em tradução livre do autor. O texto originalmente transcrito por Moraes Filho: "*La liberté individuelle implique la liberté d'association. Si l'homme a le droit de développer librement son activité, il doit avoir le droit de l'associer librement à celle des autres. Et cependant il n'y a pas dans une quelconque de nos Déclarations et de nos constitutions de la période révolutionnaire un seul mot que soit même une simple allusion à la liberté d'association. C'est na constitution de 1848 qui la première a reconnu expressément 'aux citoyens le droit de s'associer' (art. 2). Non seulement les rédacteurs de la Déclaration de 1789 ne voyaient pas dans la liberté d'association leur paraissait une atteinte possible au principe même de la liberté individuelle*". (Manuel du droit constitutionnel, 2. ed. Paris: s/e, 1911. p. 265).

19 O texto do art. 159, da Constituição de Weimar, em língua inglesa: "*The right to form unions and to improve conditions at work as well as in the economy is guaranteed to every individual and to all occupations. All agreements and measures limiting or obstructing this right are illegal*". Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php.

empregadores (inciso XVI)²⁰. Por fim, a Constituição Soviética, de 1918, “para impulsionar a associação dos trabalhadores, o artigo 16 direcionou-lhes toda ‘assistência material e qualquer outra forma de apoio tendente a que eles se unam e organizem’”²¹. Dessa sorte, sob o ponto de vista histórico, a liberdade associativa estará relacionada de maneira mais direta com a chamada “segunda geração” dos direitos humanos, exatamente aquelas derivadas de uma concepção substancial de igualdade: são os chamados “direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a consolidação das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos”²².

É relevante apontarmos que, conquanto derivada da liberdade genérica de associação, a liberdade sindical assimila alguns preceitos específicos que a qualificam como uma faceta independente. Como ensina Evaristo de Moraes Filho: “agrupa, pois, o sindicato os indivíduos possuidores do mesmo status profissional. Com isso, aviva-lhes a consciência de classe, dá-lhes forma jurídica nos seus interesses comuns, organizando a vida dispersa desses indivíduos que exercem, por força mesmo da necessidade de ganharem para o seu sustento, uma determinada ocupação econômica.”²³

Dessa maneira, o sindicato recebe incumbências institucionais das mais relevantes, que estão relacionadas à organização dos interesses dos integrantes de uma mesma profissão e que, como sabido, afetam significativamente toda a ordem econômica. Como protagonistas do exercício da negociação coletiva – na condição de representantes das classes profissionais e empresariais – suas atitudes têm o condão de se inserir definitivamente na vida de toda a sociedade, produzindo atos que vão desde a fixação de condições de trabalho não contempladas na legislação heterônoma até a organização de movimentos de cessação do trabalho. Em qualquer dos casos, vemos a constituição de

20 Art. 123, XVI, da Constituição Mexicana – “*Tanto los obreros como los empresarios tendran derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.*” Disponível em: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/9.htm?s=>.

21 Cf. TRINDADE, José Damiano de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000. p. 146.

22 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 85.

23 MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1978. p. 68.

fenômenos que transcendem as relações de trabalho e podem, inclusive, estabelecer ou modificar as diretrizes das políticas econômicas em determinada sociedade²⁴. Isso pode ser notado, em primeiro plano, no Tratado de Versalhes, ainda que timidamente: nos seus princípios gerais (art. 427, n. 2, Seção II) está relacionado o “direito de associação para todos os fins não contrários às leis para empregados e empregadores”. O instrumento que, entre outras medidas, criou a OIT, é também o primeiro dispositivo normativo a positivizar a liberdade sindical no plano internacional, fazendo coro ao que já asseguravam os instrumentos precursores do constitucionalismo social²⁵.

Não foi casual o fato de que a existência dos sindicatos e seu funcionamento sem as restrições impostas desde as revoluções burguesas constituiu um fator primordial na formação e na consolidação do Direito do Trabalho e afetou significativamente nova compreensão de direitos humanos, em especial aqueles relacionados às prestações positivas do Estado. Portanto, não haveria qualquer sentido em se considerar que esse protagonismo no processo de assimilação de direitos não representasse efetivamente uma modalidade especial, igualmente inserta no complexo dos direitos humanos, como enxergados nos dias de hoje. É o mesmo que pensa Luciano Martinez, ao afirmar que “o movimento sindical estável, livre e independente passou a ser considerado, pelo menos no plano teórico, como condição essencial ao estabelecimento das boas relações entre o capital e o trabalho, e, de um modo geral, como contribuinte da melhoria das condições sociais”²⁶. Daí porque sua conclusão vai ao encontro do ora afirmado: no contexto da afirmação dos direitos trabalhistas como uma relevante vertente dos direitos humanos, surge o indissociável **direito à liberdade sindical**, pois seu reconhecimento concreto pressupõe o respeito irresoluto ao associativismo

24 Como se sabe, o resultado de negociações coletivas eficientes assegura a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, o que afeta os custos econômicos da produção. Por outro lado, os padrões apropriados de remuneração da classe trabalhadora garantem a ela um amplo poder de consumo, eis que se trata da camada social mais abrangente, em sua base, o que dinamiza a economia interna e externa. Por fim, a ocorrência de greves, seja em atividades estratégicas ou secundárias, é um fenômeno sempre potencialmente voltado a afetar a vida cotidiana de toda a sociedade, seja pela sonegação da produção de bens de consumo, seja pela abstenção na prestação de serviços.

25 O Tratado de Versalhes, como instrumento fundador da OIT, também contemplava os preceitos constitucionais originários dessa entidade, dispondo sobre sua estrutura, funcionamento e finalidades. Por essa razão é que o preceito em questão aparece nos princípios gerais, constituindo fundamento da própria existência da OIT. Essa Constituição foi substituída por aquela aprovada em 1946, em Conferência realizada em Montreal, e que vigora até hoje.

26 MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: LTr, 2013. p. 86.

profissional, sem restrições oferecidas pelo Estado ou mesmo por particulares. Logo, não se pode compreender a possibilidade de desenvolvimento de um sistema internacional de proteção aos direitos do trabalhador – componentes inquestionáveis do conteúdo dos direitos humanos – que não passe pelo exercício da liberdade sindical, o que legitima o seu próprio reconhecimento autônomo como direito humano e fundamental, não somente instrumental, mas que se realiza autonomamente, pela observância necessária de alguns preceitos estruturais²⁷.

Esta constatação oferece alguma dificuldade instrumental para que se possa buscar o enquadramento da liberdade sindical no plano classificatório dos direitos humanos, dificuldade que, aliás, perpassou a própria necessidade de adoção de medidas de implementação concreta dos direitos assegurados na Declaração de 1948. Essa Declaração assinalou precisamente os elementos que configuram a concepção atual de direitos humanos, fixando-os como universais, indivisíveis e interdependentes. Por essa razão, além de afirmar a universalidade em seus artigos I e II, relaciona os direitos liberais clássicos (arts. III a XXI) ao lado de outros, de caráter social (arts. XXII a XXVII), entre os quais os trabalhistas e os de cunho previdenciário (arts. XXII, XXIII e XXIV). Especificamente, no que se refere à organização sindical, pontuou que “todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção dos seus interesses”²⁸.

O texto consagra dois aspectos de extrema importância: em primeiro lugar, o reconhecimento específico do direito de sindicalização, de forma destacada do direito genérico de associação, que está contemplado no art. XX, 1 e 2, da DUDH²⁹. Em que pese a distinção estrutural entre a acepção geral do direito de associação e o direito de sindicalização, as referências normativas eram preponderantemente voltadas ao conceito genérico, sem qualquer preocupa-

27 Na mesma linha conclusiva, diz Luciano Martinez: “A liberdade sindical insere-se, portanto, na esfera dos mencionados ‘direitos humanos laborais’, vale dizer, direitos que visam possibilitar condições mínimas de trabalho para organizar estratégias tendentes a alcançar vantagens suplementares àquelas previstas em lei. Tais direitos formam um conjunto de conquistas históricas intimamente dependentes da mencionada liberdade sindical e que nela encontram um ponto de apoio para a sua construção.” *Idem, ibidem*, p. 89.

28 Art. XXIII, 4, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000, p. 53.

29 Art. XX, 1 – “Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. 2. Ninguém poderá ser obrigado a fazer parte de uma associação.” *Idem, ibidem*, p. 52.

ção de se garantir a associação sindical de maneira específica. De outra parte, com a DUDH obtém-se a afirmação do direito à sindicalização em um plano que ultrapassa as dimensões trabalhistas, que até então norteavam o tema. Afinal, todas as referências existentes até o momento figuravam apenas em instrumentos próprios do direito do trabalho, de modo que a sua afirmação no plano da Declaração consagra definitivamente o direito de associação sindical como um direito da humanidade, dando um significado substancial para o reconhecimento de sua fundamentalidade.

No entanto, para a realização concreta desses direitos, mostrou-se necessária a adoção de tratados específicos envolvendo obrigações objetivas de cada Estado-Parte, visto que as disposições da Declaração possuem um sentido genérico e tipicamente programático. Assim, na XXI Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em 16/12/1966, foi aprovada a Resolução n. 2.200-A, que adotou simultaneamente dois tratados de natureza obrigacional para os Estados signatários: os já citados pactos internacionais, um de direitos civis e políticos e outro de direitos econômicos, sociais e culturais. Há portentosas referências no sentido de que a adoção de dois instrumentos distintos foi permeada por divergências de ordem ideológica, comandadas pelos blocos políticos que disputavam a hegemonia no planeta: os capitalistas e os comunistas. Os últimos, conduzidos pela União Soviética, defendiam um único pacto, com todo o conjunto dos direitos relacionados na Declaração; já os primeiros, capitaneados pelos Estados Unidos da América, defendiam a preservação de uma noção individualista liberal dos direitos humanos. Ao lado disso, havia a dificuldade operacional de se fazer um tratamento comum, visto que parte significativa dos direitos consagrados no texto – mormente os de cunho social – dependia de prestações positivas dos Estados, o que esbarrava na questão da disponibilidade econômica de cada signatário. A solução encontrada, portanto, teve um viés conciliatório: a ONU aprovou os textos em separado, para permitir a viabilização dessa classe de direitos frente àquela que dependia apenas da abstenção estatal. No entanto, o fez de maneira simultânea para reafirmar os preceitos de universalidade e interdependência, soterrando as possibilidades de interpretação valorizadora de uma ou de outra classe³⁰.

30 Mais informações nesse sentido são oferecidas por WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. *passim*.

O dado curioso, e que está relacionado diretamente ao ponto que ora examinamos, é o fato de que a menção à liberdade sindical aparecerá, também simultaneamente, nos dois tratados: o art. 22, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, a pretexto de regular o genérico **direito de associação** (art. XX, da DUDH), também faz menção ao direito de constituição e filiação sindicais³¹. Já o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, traz expressas garantias ao **direito de associação sindical** (art. XXIII, da DUDH) no seu art. 8º, consolidando, com isso, um sentido mais abrangente do que aquele que até então era usado, pois além de reconhecer o direito à associação em sindicatos, sem as interferências e restrições dos Poderes Públicos, garantiu também o livre exercício da atividade sindical e a possibilidade de filiação a organismos nacionais e internacionais. Mais do que isso, o item 3, que convalida a Convenção 87 da OIT³², também aparece, em sua integridade, no art. 22, 3, do Pacto antes citado³³.

31 **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** – 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. 2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em um 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.” Ratificado pelo Brasil em 24/1/1992, e com vigência a partir de 24/03/1992. (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000. p. 156)

32 Que fora aprovada poucos meses antes pela Conferência Internacional do Trabalho.

33 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - Art. 8º – “1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir: a) o direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos 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,

Logo, pode-se afirmar que *a liberdade sindical é um dos poucos direitos* que tem sua concretização assegurada pelos dois tratados, seja na sua perspectiva como direito corolário da liberdade – no contexto dos direitos civis e políticos – como também como direito derivado da igualdade – no conjunto de direitos econômicos sociais e culturais.

Esse diagnóstico permite sua reafirmação a partir dos movimentos de sua construção e de reconstrução. Cabe observar que, além desse trânsito inequívoco entre o plano da liberdade e da igualdade, também não podemos deixar de relacionar a liberdade associativa com a denominada **terceira geração** de direitos humanos. Embora a referência feita a esses direitos remeta a outra ordem de situações³⁴, a construção de uma relação associativa tem como ponto de partida exatamente o solidarismo, motivador do intento de conjugação de esforços voltados a um propósito determinado, inclusive os relacionados à atuação profissional. É o que pensa, da mesma forma, Arion Sayão Romita:

O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, destaca o papel fundamental da solidariedade, pois se ocupa do estudo das associações sindicais, instituto central de um dos ramos em que se subdivide a disciplina: o Direito Coletivo do Trabalho. O associacionismo profissional, que está na base do fenômeno sindical, forma-se em torno do núcleo da solidariedade para fundar a união dos indivíduos entre eles, que se trate de agregá-los em grupos de interesses quer de assegurar a coesão entre esses diferentes grupos. A solidariedade de interesses e a espontaneidade de aproximação dos exercentes de um mesmo ofício ou de uma profissão provoca a criação de uma associação permanente e organizada. O fato da solidariedade espontânea surge sempre entre os exercentes da mesma ocupação³⁵.

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." Este Pacto foi ratificado pelo Brasil em 24/2/1992, vigorando a partir de 24/4/1992. (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000. p. 172-173).

34 Segundo a doutrina em comento, a titularidade desses é da comunidade, posto serem os frutos da identificação do ser humano com o planeta. Nesse contexto, estão abrangidos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito à autodeterminação e o direito ao meio ambiente equilibrado (RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 85).

35 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 324.

Portanto, não parece impróprio se relacionar o direito de associação profissional também com os atributos da solidariedade, ainda que sua vertente classificatória conduza a outro sentido, posto ser a “associação um fenômeno de solidariedade prática” agrupando “seres afins [...], pessoas semelhantes, indivíduos sensivelmente idênticos, ou relativamente iguais”³⁶. Reforça-se, com essa vertente, a noção de que os direitos humanos devem ser sempre compreendidos como atributos indivisíveis e interdependentes, características assumidas notoriamente a partir da Declaração de 1948:

Vale dizer, a Declaração rompe com as concepções anteriores das modernas Declarações de Direitos, que apenas ressaltavam ora o discurso liberal da cidadania (como, por exemplo, a Declaração francesa e a Declaração americana do final do século XVIII), ora o discurso social (como, por exemplo, a Declaração do povo trabalhador e explorado da então República Soviética Russa do início do século XX). Até então os valores liberdade e igualdade vinham divorciados. A Declaração de 1948 vem inovar, prevendo, de forma inédita, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade³⁷.

A compreensão da liberdade sindical é uma referência exemplar dessa necessidade de avaliação contextual dos direitos humanos e desse caráter complexo que eles assumem, sem que se possa admitir qualquer protagonismo ou preferência na sua exigibilidade. Excluída da concepção de original de liberdade, o direito de associação sindical se consubstancia a partir da afirmação dos direitos de igualdade, inclusive porque a existência das coalizões profissionais foram instrumentos essenciais para essa conformação. Não por outro motivo, a Declaração de Viena assinala disposição categórica nesse sentido, afirmando que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, de modo que “a comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” e “é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”³⁸. Portanto, resta-nos incontestemente que temos elementos suficientes para o reconhecimento da liberdade sindical

36 MORAES FILHO, Evaristo de. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa Ômega, 1978. p. 62-63.

37 PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 92-93.

38 Art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada em plenário, pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, de 25/6/1993. *Apud*: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

como “pretensão moral”, passível de reconhecimento institucional como um direito essencial da condição humana. Não por outro motivo que, a par da sua consignação nos instrumentos gerais de proteção aos direitos humanos, a liberdade sindical também se consagra no plano dos instrumentos regionais, como no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos)³⁹ e na Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁰, além de estar consignada em diversos textos supranacionais produzidos no âmbito da União Europeia. Da mesma sorte, foi objeto de expressa manifestação da OIT no plano da Declaração sobre Justiça Social e Globalização Equitativa (2008)⁴¹.

Desse complexo, o que se extrai é que a liberdade associativa deve ser encarada como uma categoria específica de direitos humanos, soterrando de vez qualquer inferência no sentido de que o direito de associação representaria uma ofensa a outros preceitos derivados da liberdade, como equivocadamente entendiam os precursores do liberalismo, com sua visão fragmentada da questão. Mais do que isso, sua reiterada presença em documentos internacionais atesta o inequívoco contexto que a liberdade sindical conquistou no decorrer

GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000. p. 64-65.

39 Artigo 16 do Pacto de São José da Costa Rica – “1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. 2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.” *Apud* PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. GRUPO DE TRABALHO DE DIREITOS HUMANOS. **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da PGE, 1997. p. 260-261.

40 Art. 11. da Convenção Europeia de Direitos Humanos – “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado.” Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

41 O texto integral da Declaração se encontra em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_globalizacao_129.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

do século XX, sendo adotada por incontáveis padrões constitucionais, outorgando-lhe a indiscutível conotação de fundamentalidade formal e material.

2. A OIT E A LIBERDADE SINDICAL

Como já salientamos, desde a sua criação, a OIT manifesta latente preocupação com a afirmação e com a universalização da liberdade sindical, notadamente por considerar que o seu exercício é um dos principais pressupostos para a consagração do complexo de atributos que constitui o Direito do Trabalho. Nesse sentido, sua Constituição contempla precisamente a melhoria das condições de trabalho e a promoção da liberdade de associação sindical como seus objetivos substanciais⁴². Daí porque a centralidade adquirida pela sua Convenção n. 87, com todos os desdobramentos instrumentais antes destacados, sem se olvidar das demais disposições relacionadas ao mesmo tema. Apesar de se tratar de um ramo dotado de grande especialização e de ter sido desenvolvido a partir de necessidades mais recentes da sociedade⁴³, as diretrizes consagradas pela OIT desde a sua constituição foram fundamentais para a construção de um processo de internacionalização dos direitos sociais e trabalhistas, transportando-os para o plano dos direitos fundamentais. A efusiva produção normativa da OIT não seria a mesma se não contasse com a participação dos representantes dos destinatários dessas normas – em razão da regra institucional do tripartismo, por ela adotada –, visto que, de maneira geral, a positivação dos institutos jurídicos se dá em conformidade com os interesses dominantes, o que torna classicamente as instituições jurídicas de direito privado instâncias de afirmação das diferenças sociais e econômicas entre os diversos segmentos.

Ao lado disso, tem-se que a liberdade sindical configura não apenas um direito fundamental em si, como já explanado, mas também tem o caráter de verdadeiro direito de acesso, “capaz de assegurar a efetiva fruição dos demais direitos consagrados nas normativas interna e internacional, bem como de viabilizar novas conquistas”⁴⁴. Em outras palavras, a liberdade sindical atua como ver-

42 A referência é ao art. 1º da Declaração de Filadélfia que, como dito, incorporou-se ao texto da Constituição da OIT, em 1944.

43 Vale dizer, que surgiram a partir da disseminação do capitalismo e da hegemonia do pensamento liberal no final do século XVIII.

44 CORRÊA, Lélío Bentes. A liberdade sindical e a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho. *In*: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira (Orgs.). **Temas de**

dadeiro instrumento de consagração e de proteção dos direitos sociais, devido a outros dois atributos substanciais do Direito Coletivo: a negociação coletiva e a greve. Não se discute a essencialidade desses dois instrumentos no processo de emancipação da classe trabalhadora, uma vez que sua finalidade é a criação de normas autocompositivas para a solução de conflitos coletivos de trabalho⁴⁵. No entanto, pela conformação própria desses institutos, eles só podem ser usados mediante a ação coletiva capitaneada pelas entidades sindicais⁴⁶, preferencialmente por aquelas que derivarem da livre escolha dos representados. Não é por outra razão que os resultados mais eficientes nos processos de negociação coletiva e na condução das greves são originados daqueles casos em que há uma identificação mais nítida entre a direção sindical e os trabalhadores – naturalmente, em se tratando da representação sindical profissional⁴⁷.

Dessa maneira, o tripé formado pela liberdade sindical, pela greve e pela negociação coletiva é o sustentáculo de todo o Direito do Trabalho, cujos postulados somente serão alcançados com o pleno exercício desses atributos, inclusive porque são os sindicatos que conduzem o encaminhamento das questões sociais e econômicas sob a perspectiva das classes que representam. Com isso, além de atuar na construção de normas específicas para regular suas relações jurídicas, também agem como órgãos de interlocução e de pressão junto aos governos para a consecução dos seus objetivos. Por esse motivo, Eric Hobsbawn afirma que:

Estes [referindo-se à liberdade sindical e à greve] foram e continuam sendo direitos instrumentais, e por esse termo quero dizer que o direito à greve ou a formar um sindicato não é geralmente significativo em si, mas essencialmente pelo que as greves e sindicatos possam vir a obter para os trabalhadores. Sob este aspecto, eles não são fins em si mesmos, e sim meios⁴⁸.

direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 164.

45 Isso, naturalmente, só para situarmos a principal das funções tanto de um quanto de outro instituto, sem prejuízo do seu uso para finalidades distintas, como, p.ex., exigir o cumprimento de direitos já assegurados no plano heteronormativo,

46 Um dos princípios regentes da negociação coletiva de trabalho é o da participação obrigatória das entidades sindicais de trabalhadores na sua condução, exatamente para impedir a transformação do conflito coletivo em um conflito individual, o que torna o trabalhador sujeito às coações naturais da sua condição empregatícia.

47 A questão da representatividade sindical e dos reflexos positivos na negociação coletiva serão mais bem desenvolvida no capítulo 5 deste trabalho.

48 HOBBSAWN, Eric J. **Mundos do trabalho.** Trad. Waldea Barcelos e Sandra Bedran. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 428.

Assim, cumprindo a sua principal incumbência institucional, a OIT cuida de disciplinar, normativamente, as formas pelas quais a liberdade sindical se concretiza. E o faz mediante o estabelecimento de obrigações consubstanciadas em convenções, recomendações e resoluções que se situam ao lado das deliberações constantes de seus documentos gerais, como a Constituição – inclusive a Declaração de Filadélfia – e a Declaração de Princípios Fundamentais do Trabalho.

Dentro desse plano, logo na 3ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 25/10/1921, foi aprovada a “Convenção sobre o Direitos de Associação (Agricultura)”, que assegurou “a todas as pessoas ocupadas na agricultura os mesmos direitos de associação e união dos trabalhadores na indústria”, estabelecendo o compromisso de seus membros de revogarem “qualquer disposição legislativa ou outra que tenha por efeito restringir esses direitos em relação aos trabalhadores agrícolas”⁴⁹. Assim, embora os trabalhadores industriais não tivessem assegurado especificamente o direito de sindicalização, eram beneficiários das disposições gerais do Tratado de Versalhes, o que não atingia os da agricultura, distorção corrigida com essa Convenção.

A seguir, em 1927, houve uma tentativa de se regulamentar internacionalmente a atividade sindical, mas a proposta foi rejeitada, inclusive com votos contrários dos representantes dos trabalhadores, que entenderam que o texto contrariava seus interesses⁵⁰, tema que só foi retomado pela Conferência em 1948. Antes, porém, a Declaração da Filadélfia, que redefiniu o papel da OIT, enfatizava a essencialidade do direito de associação (art. I, *b*), e seu conteúdo foi adotado, em 1946, como anexo da novel Constituição da OIT, fixando a liberdade associativa como um dos princípios fundamentais da própria instituição⁵¹. Em razão dessa deliberação de índole constitucional, e pela relevância conjuntural do tema, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – às

49 A convenção recebeu o número 11 e entrou em vigor no dia 11/5/1923. As disposições principais se encontram no art. 1º, e foi ratificada pelo Brasil em 25/4/1957, entrando em vigor um ano depois (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. São Paulo: LTr, 2005. p. 36).

50 SÜSSEKIND, Arnaldo. A OIT e o princípio da liberdade sindical. *In*: FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa. **Curso de direito coletivo do trabalho**: estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998. p. 50.

51 Tal Constituição foi aprovada na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho e incorporou como anexo a Declaração de Filadélfia, revogando o texto anterior, de 1919. Sua vigência se iniciou em 20/04/1948.

quais havia sido incorporada a OIT solicitou a inclusão da liberdade sindical na temática da Conferência. Assim, na sua 31ª reunião, realizada em São Francisco, em 17/06/1948, foi aprovado aquele que é considerado “o mais importante tratado multilateral da OIT”⁵²: a Convenção n. 87, que trata da liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização.

Complementando esse processo, em 1949 a OIT aprovou a Convenção n. 98, que versa sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. O que as distingue, substancialmente, é que a convenção anterior objetiva garantir a liberdade sindical em relação aos poderes públicos e a 98 “tem por finalidade proteger os direitos sindicais dos trabalhadores frente aos empregadores e suas organizações, garantir a independência das associações de trabalhadores em face às de empregadores, e vice-versa, e, bem assim, fomentar a negociação coletiva”⁵³. Dessa maneira, o foco central da Convenção 87 é o de assegurar a liberdade de associação sindical, em todas as suas dimensões⁵⁴, eliminando as históricas interferências e limitações estatais ao direito de organização e associação sindicais. Já a Convenção 98 tem como objetivo a proteção contra atos antissindicais relacionados à filiação sindical (art. 1º); a garantia da autonomia organizacional e financeira das entidades (arts. 2º e 3º) e o fomento e proteção à negociação coletiva, para regular os termos e condições do emprego (art. 3º)⁵⁵. Em síntese, pode-se afirmar que a finalidade geral da Convenção 87 é a de proteger a liberdade sindical contra possíveis ingerências do Estado, sendo que a de n. 98 se concentra nas relações entre empregadores e trabalhadores, protegendo estes últimos contra a prática de atos de discriminação antissindical e contra a ingerência empresarial e estatal nas organizações operárias. Além disso, a Convenção 98 legitima o desenvolvimento da negociação coletiva como atividade substancial

52 SÜSSEKIND, Arnaldo. A OIT e o princípio da liberdade sindical. *In*: FRANCO FILHO, Georgeonor de Sousa. **Curso de direito coletivo do trabalho**: estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

53 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 284.

54 Essas dimensões serão devidamente examinadas mais adiante, envolvendo os planos individual e coletivo; positivo e negativo e organizativo e associativo.

55 A Convenção 98 foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 08/6/1949 e entrou em vigor em 18/7/1951. Foi ratificada pelo Brasil em 18/11/1952 e passou a vigorar em 18/11/1953. (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. São Paulo: LTr, 2005. p. 122).

das entidades sindicais, temática que será definitivamente disciplinada pelas Convenções 151 e 154⁵⁶.

Em 1966, conforme já explanado, foram adotados os dois Pactos Internacionais destinados a regulamentar e implementar as normas genericamente estabelecidas na Declaração de 1948 e que buscaram oferecer concretude aos direitos planejados na DUDH, relacionados aos exercício das liberdades públicas e à organização da vida econômica de um Estado, estes abrangendo os relacionados ao trabalho. Conforme dissemos, ambos reconhecem (arts., 22 e 8º, respectivamente), o direito à liberdade de organização e filiação sindical e convalidam o teor da Convenção 87, da OIT, declarando, de maneira categórica, que nenhum Estado signatário poderá permitir a adoção de medidas legislativas contrárias às garantias daquele instrumento ou permitir que a lei seja aplicada de forma a restringi-la. Essas disposições conferem uma significativa relevância para a questão da liberdade sindical, ultrapassando definitivamente o plano das relações trabalhistas, para situá-la como um importante componente do rol de direitos humanos, assim tratado, inclusive, no formato referendado pela OIT. Em outras palavras, o texto da Convenção 87, cuja incidência, a rigor, atingiria apenas os integrantes desta organização, por força do conteúdo dos dois Pactos transcende seu alcance para todos os integrantes das Nações Unidas que ratificarem esses mesmos instrumentos. A determinação constante dos idênticos dispositivos citados torna obrigados ao cumprimento dos ditames da Convenção n. 87 todos os países signatários dos Pactos, ainda que não tenha ratificado o instrumento da OIT.

Finalmente, em junho de 1998, na Conferência realizada em Genebra, foram estabelecidos os princípios e os direitos fundamentais do trabalho, em declaração cujo principal efeito foi o de determinar que:

Todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções.

56 Um registro curioso é necessário. Dos elementos integrantes do já citado tripé de sustentação do Direito do Trabalho, a greve é o único que não mereceu, até o momento, a adoção de nenhuma convenção por parte da OIT, situando-se apenas nos instrumentos gerais de reconhecimento dos direitos humanos.

Tais princípios estão relacionados no item 2 da Declaração, e, ao lado da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, da efetiva abolição do trabalho infantil e da eliminação da discriminação em matéria de emprego e de ocupação, a OIT também relacionou a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, como direitos fundamentais do trabalho. Mais do que o reconhecimento da imprescindibilidade de que todos os países associados à Organização cumpram as deliberações constantes das Convenções 87 e 98, ainda que não as tenham ratificado, a afirmação da OIT revela um sentido institucional da importância da liberdade sindical no contexto dos direitos humanos em sua conformação contemporânea.

Além desses dois instrumentos nucleares que, bem por isso, possuem um grande número de ratificações⁵⁷, a temática da liberdade sindical também vem contemplada em outros instrumentos significativos da OIT, algumas de forma direta, outras tangencialmente, como evidencia o quadro abaixo:

Principais convenções da OIT sobre a Liberdade Sindical

Instrumento	Ano	Tema
Convenção 11	1921	Direito de sindicalização aos trabalhadores na agricultura
Convenção 84	1947	Direito de sindicalização em territórios não metropolitanos
Recomendação 91	1951	Contratos coletivos de trabalho
Recomendação 92	1951	Conciliação e arbitragem voluntárias
Recomendação 94	1952	Colaboração no âmbito da empresa
Recomendação 113	1960	Consulta a setores de atividade econômica e âmbito nacional
Recomendação 130	1967	Funções das organizações de empregadores e trabalhadores em relação às reclamações de trabalhadores dentro da empresa
Convenção 135	1971	Representantes dos trabalhadores nas empresas
Recomendação 143	1971	Representantes dos trabalhadores nas empresas
Convenção 141	1975	Organizações de trabalhadores rurais

57 Segundo os dados mais recentes da OIT, a Convenção 87 possui 152 ratificações e a 98 tem 163, sem nenhuma denúncia, em ambos os casos. O dado negativo é que o Brasil, juntamente com os Estados Unidos, são os únicos países das Américas que não ratificaram a Convenção 87 até o momento. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12001:0::NO:::> Acesso em: 10 nov. 2013.

Instrumento	Ano	Tema
Recomendação 149	1975	Organizações de trabalhadores rurais
Convenção 144	1976	Consulta tripartite referente às normas internacionais do trabalho
Convenção 151	1978	Relações de trabalho na Administração Pública
Recomendação 159	1978	Relações de trabalho na Administração Pública
Convenção 154	1981	Negociação coletiva
Recomendação 163	1981	Negociação coletiva

Por fim, duas são as resoluções especialmente relevantes, e que também estão relacionadas à liberdade sindical, que foram aprovadas pela Conferência. Primeiramente, a de 1952, que estabelece princípios sobre as relações entre as organizações de trabalhadores e os governos e partidos políticos e “declara que é essencial para o movimento sindical preservar, em cada país, sua liberdade e independência, para desempenhar suas funções econômicas e sociais independentemente das possíveis oscilações políticas do país”⁵⁸.

Tal resolução tinha como nítido foco de preocupações aquelas decorrentes das instabilidades políticas vivenciadas em alguns países, sobretudo em função dos efeitos da Guerra Fria, então já em processo de amplo desenvolvimento. Por isso, veio a tratar da independência do movimento sindical, buscando fixar preceitos estruturais para assegurar o pleno exercício da atividade das organizações independentemente dos fatores ideológicos que norteavam a gestão de cada país.

A segunda resolução, de 1970, trata dos direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis. Mais uma vez, nota-se que o momento histórico de sua adoção se conjuga com o que acontecia especialmente na América Latina e na África, em que a maioria dos países estava sob regimes de exceção que, invariavelmente, suprimiam de forma quase completa as liberdades públicas. Naturalmente, essas práticas envolvem outras esferas políticas, mas no plano da OIT, a latente preocupação situava-se no fato de que as organizações sindicais – sobretudo as de trabalhadores – sofreram grave influxo justamente pelas restrições causadas ao exercício de suas atividades, com situações de in-

58 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, Ministério do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993. p. 7.

tervenção e fechamento de entidades, além da prisão e até morte de dirigentes e outros trabalhadores⁵⁹. Por isso, a resolução

Reconhece que os direitos outorgados às organizações de trabalhadores e de empregadores devem se basear no respeito às liberdades civis enunciadas, em particular, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e declara que a ausência dessas liberdades priva de todo significado o conceito de direitos sindicais⁶⁰.

Ao lado disso, além dos seus instrumentos gerais de controle e monitoramento, a OIT dedica-se a constituir mecanismos especiais de aferição à observância da liberdade sindical, inclusive no tocante à sua instrumentalidade. A principal razão dessa medida foi o fato de que os procedimentos gerais, pela conformação constitucional, só permitiriam a atuação contra governos que ratificaram as convenções e que não lhes deram a efetividade demandada; não havia, portanto, meios eficientes de se compelir os estados não ratificantes à observância das deliberações da OIT. Assim, e tendo em conta “a decisiva importância que a OIT atribui à liberdade sindical, conforme atestam as referências expressas aos princípios pertinentes no preâmbulo da Constituição e na Declaração de Filadélfia”⁶¹, a Organização houve por bem criar uma técnica processual especial que permitisse, sem os limites constitucionais dos artigos 24 e 26, aferir o respeito efetivo à liberdade de associação sindical por todos os seus integrantes. Dessa sorte, antes mesmo da aprovação da Convenção 87, a Conferência Internacional do Trabalho houvera formulado proposição ao Conselho de Administração no sentido de criar um órgão especial para a proteção do direito de associação, inclusive de forma articulada com a ONU⁶².

59 Como ocorreu, inclusive, no Brasil, em episódios por demais conhecidos.

60 Para objetivar essas determinações, a resolução enumera as liberdades que se consideram essenciais para o normal exercício desses direitos sindicais. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 1993. p. 7-8).

61 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, Ministério do Trabalho. São Paulo: LTr, 1993. p.15.

62 Conforme Arnaldo Süssekind *et al.*, a primeira resolução foi aprovada em 1947, sendo que, após a aprovação da Convenção 87, na 31ª reunião da Conferência, foi solicitado ao Conselho que se articulasse com os órgãos competentes da ONU “visando introduzir reformas nos organismos internacionais existentes com o objetivo de ‘salvaguardar a liberdade sindical’”. (SÜSSEKIND *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 1456. V. 2. [grifo do autor]. Assim, a criação dessa Comissão se deu em razão de um acordo entre a OIT e o Conselho Econômi-

Via de consequência – e uma vez já adotada a Convenção 87 – foi instituída a Comissão de Investigação e de Conciliação em Matéria de Liberdade Sindical, em 1950, com o objetivo de “examinar os casos de supostas infrações aos direitos sindicais que lhe sejam submetidos, determinar os fatos e examinar a situação com o governo interessado, com a finalidade de lograr uma solução por via de acordo”⁶³.

Composta por nove membros independentes, e indicada pelo Conselho de Administração da OIT⁶⁴, essa comissão tem poderes investigatórios assemelhados aos destinados à comissão de inquérito, conforme prevê o art. 26 da Constituição. No entanto, a queixa contra Estados que não ratificaram a convenção 87 ou a 98 somente poderia ser submetida à Comissão mediante o consentimento do governo implicado, com vistas, inclusive, à solução autocompositiva. Esse requisito acabou se tornando um grave embaraço à atuação da Comissão, que funcionou, pela primeira vez, em 1964, em uma queixa contra o Japão. Mas, ao cabo de cinquenta anos desde sua criação, examinou apenas seis casos⁶⁵:

*Si se tiene en cuenta la natural renuencia de los Estados a dar su consentimiento para el examen de un caso que les concierne y, com mayor razón aun, cuando no han ratificado formalmente los convenios que protegen la libertad sindical*⁶⁶.

Na mesma esteira, a OIT instituiu, em 1951, o Comitê de Liberdade Sindical (CLS), como órgão integrante de sua estrutura administrativa, composta por nove membros titulares, escolhidos de forma equitativa, respeitando-se o cri-

co e Social das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade**. São Paulo: LTr, 1993. p. 15).

63 *Idem*.

64 A composição dessa Comissão é aprovada a partir de proposta do Diretor Geral da OIT e, em regra, somente três de seus membros atuam em cada caso. (GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. **El comité de libertad sindical**: impacto desde su creación. Ginebra: OIT, 2001. p. 9).

65 Segundo Gravel, Eric *et al.*, a demora de mais de dez anos para que houvesse a apreciação do primeiro caso pela Comissão decorreu das hesitações que havia a respeito de sua atuação. Analisado o primeiro caso, outros se seguiram, mas de modo muito espaçado: em 1965/1966 houve o caso da Grécia; em 1973/1975 o de Lesotho; entre 1974/1975 o do Chile; em 1978/1981 aquele envolvendo EUA e Porto Rico e, por fim, o da África do Sul, entre 1991/1992. (GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. **El comité de libertad sindical**: impacto desde su creación. Ginebra: OIT, 2001. p. 9).

66 GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. **El comité de libertad sindical**: impacto desde su creación. Ginebra: OIT, 2001. Os autores explicam, ainda, que essa comissão teve pouca atividade visto que houve um número crescente de ratificações das convenções sobre liberdade sindical, o que permite a aplicação do disposto no art. 26 da Constituição.

tério do tripartismo. Sua incumbência substancial seria a de receber as queixas de descumprimento das deliberações da OIT em matéria de liberdade sindical, mesmo sem qualquer consentimento do governo respectivo e, a depender do quanto apurado, informar o Conselho de Administração sobre a existência de fundamentos suficientes submeter o caso à precitada Comissão de Investigação. No entanto, pelos motivos já enunciados, a atuação desta última sempre foi muito modesta, de maneira que não tardou para que:

O Comitê chegasse à conclusão de que, embora algumas queixas não requeressem exame ulterior por parte da Comissão, parecia conveniente que tivesse a faculdade de formular certas ressalvas com referência à legislação à prática dos países acusados pelos reclamantes. Por conseguinte, passou a examinar sistematicamente o mérito das queixas apresentadas e a formular suas conclusões e recomendações a respeito, de modo que o Conselho de Administração pudesse considerar essas recomendações e chamar a atenção dos governos a propósito de qualquer anomalia que tivesse sido observada⁶⁷.

Com isso, no desenrolar de sua atuação, o Comitê de Liberdade Sindical tornou-se uma das mais importantes fontes de produção normativa em matéria de liberdade sindical, justamente ao apreciar as situações concretas levadas ao seu conhecimento pelas instituições legitimadas a provocá-lo⁶⁸. Cabe destacar que, além de não depender de concordância do governo objeto da queixa⁶⁹, a atuação do Comitê não depende de ratificação das convenções correspondentes à liberdade sindical: qualquer membro da OIT poderá ser acionado pelo desrespeito a esse direito fundamental, como atesta o Verbete n. 5 dos Prece-

67 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 1993. p. 17.

68 Segundo a OIT, “as queixas podem provir tanto de governos como de organizações de trabalhadores ou de empregadores. Só são recebidas quando partem de organizações nacionais diretamente interessadas no assunto, de organizações internacionais de empregadores e de trabalhadores que tenham *status* consultivo junto à OIT [...], ou de outras organizações internacionais de empregadores e de trabalhadores, à condição de que as queixas se refiram diretamente a questões que afetem suas organizações filiadas”, (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Relatório do Caso 1487 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT**. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:50001:0::NO::P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2895973:NO. Acesso em: 20 out. 2020. p. 20).

69 Como explicam GRAVEL et al., “*Por no ser en sus orígenes más que una etapa preliminar dentro del funcionamiento interno de la OIT, no fue concebido según el modelo de La Comisión de Investigación y de Conciliación, es decir que no necesitaba el consentimiento previo del Estado para proceder al examen de las alegaciones, en el caso de no haber sido ratificados los convenios relativos a la libertad sindical*. (GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. **El comité de libertad sindical: impacto desde su creación**. Genebra: OIT, 2001. p. 10).

dentes do mesmo CLS.⁷⁰ É oportuno que se registre, ainda, que a composição tripartite desse órgão estabelece um grau elevado de legitimidade para essas decisões, pois resultam de um equilíbrio de proposições em terreno de natural divergência. A isso se associa o fato de que – embora isso não seja obrigatório – as decisões do CLS têm sido adotadas de maneira unânime, de forma que

Esta metodología da más peso a las decisiones del Comité preservando un delicado equilibrio entre los intereses de los miembros gubernamentales, empleadores y trabajadores, lo que seguidamente puede facilitar los acuerdos en el plenario del Consejo de Administración de la OIT⁷¹.

Não por outra razão, o CLS tornou-se o principal órgão no sistema de controle da OIT sobre o cumprimento das suas deliberações, especialmente as relacionadas à liberdade sindical. A intensa atuação do CLS resultou na compilação das decisões a partir de adotados ou interpretados, que são periodicamente publicados e que se mostram extremamente valorosos na aplicação dos preceitos relacionados à liberdade sindical. No Brasil, esses documentos receberam a designação de **Recompilação das decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical**, e sua versão mais recente é a quinta, datada de 2006⁷². Têm tido grande relevância no sentido do balizamento das condutas dos Estados-Membros a respeito da liberdade sindical, devendo servir de paradigma para as legislações nacionais tratarem da questão, de maneira consonante com as diretrizes compreendidas pela OIT em seus instrumentos normativos. Essa medida tem se demonstrado da mais alta relevância, vez que, como todo conceito jurídico indeterminado e dotado de amplo grau de abstração, é extremamente difícil compreender-se de forma unívoca a liberdade sindical sem que se corram os riscos do reducionismo conceitual ou a própria restrição do seu significado. Por isso, as diretrizes da Convenção 87 e as interpretações oferecidas pelo Comitê de Liberdade Sindical são de extrema utilidade para que se possa conceber uma visão universal dos postulados que devem ser observados para se assegurar a liberdade de associação no plano das relações de trabalho.

70 Verbetes n. 5 do CLS: *“Les plaintes dont le comité est saisi peuvent être présentées indépendamment du fait que le pays mis en cause a ou n’a pas ratifié les conventions sur la liberté syndicale”*.

71 GRAVEL, Eric; DUPLESSIS, Isabelle; GERNIGON, Bernard. **El comité de libertad sindical**: impacto desde su creación. Ginebra: OIT, 2001. p. 12.

72 No presente trabalho, está sendo usada a versão em francês.

3. AS DIMENSÕES DA LIBERDADE SINDICAL E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Convenção n. 87 – chamada oficialmente de Convenção sobre a Liberdade de Associação e Proteção do Direito de Organização – é dividida em quatro partes, sendo que a sua temática principal ocupa a primeira delas, dos artigos 1 a 10, além do art. 11, que está inserido na parte II, e que trata da proteção ao direito sindical⁷³. As principais referências usadas no texto para delimitar o alcance da liberdade sindical são as seguintes:

- a) Direito de trabalhadores e empregadores, sem qualquer distinção, de constituir organizações⁷⁴ de sua escolha, sem autorização prévia;
- b) Aquisição de personalidade jurídica das organizações sem condições que restrinjam o direito de associação;
- c) Direito das organizações de elaborar seus estatutos, de eleger livremente seus representantes, organizar sua gestão e atuação e formular seu programa de ação;
- d) Vedação às autoridades públicas de intervir ou limitar o direito de associação ou de dissolver ou suspender suas atividades por via administrativa;
- e) Direito das organizações de constituir federações ou confederações e de a elas se filiar, além do direito a todas as entidades de se filiarem a organizações internacionais; e
- f) Direito de trabalhadores e empregadores de se filiar a qualquer organização, sem qualquer condição que não seja a da obediência aos estatutos da entidade⁷⁵.

Desse complexo, a doutrina extrai algumas dimensões a partir das quais a liberdade sindical pode ser interpretada, com diferentes prismas. Como é comum em se tratando de classificações dos institutos jurídicos, há notável

73 As demais partes contemplam disposições diversas, de ordem geral.

74 O art. 10 da C. 87 estabelece que “o termo ‘organização’ significa qualquer organização de trabalhadores ou de empregadores que tenha por fim promover e defender os interesses dos trabalhadores ou dos empregadores.”

75 Demais disso, a Convenção 87 ainda estabelece que a legislação nacional não deverá prejudicar nem ser aplicada de modo a prejudicar as garantias nela previstas, ressalvando apenas que a aplicação às forças armadas e à polícia será determinada pela legislação de cada país.

divergência derivada dos múltiplos critérios usados por cada doutrinador, o que produz resultados fundamentalmente distintos. Pela objetividade adotada, temos preferido a classificação usada por Arnaldo Süssekind, que organiza a liberdade sindical em três planos: a) liberdade sindical coletiva; b) liberdade sindical individual; e c) autonomia sindical. Para o autor, a liberdade sindical coletiva “corresponde ao direito dos grupos de empresários e de trabalhadores [...] de constituir o sindicato de sua escolha, com a estruturação que lhes convier”⁷⁶. Já a liberdade sindical individual seria “o direito de cada trabalhador ou empresário de filiar-se ao sindicato de sua preferência, representativo do grupo a que pertence, e dele desligar-se”. Por fim, a autonomia sindical seria a liberdade de “organização interna de funcionamento da associação sindical e, bem assim, à faculdade de constituir federações e confederações ou filiar-se às já existentes, visando sempre aos fins que fundamentam sua instituição”.

Inspirando-se no texto da Convenção 87, abstrai-se que a liberdade sindical comporta uma **dimensão organizativa** (direito de constituir sindicato, de organizá-lo internamente e de vinculá-lo a outras entidades) e outra **associativa** (direito de se filiar a organizações sindicais), sendo este último um atributo exercitável no plano individual. No entanto, desse direito de filiação surge a possibilidade da criação de outra classificação, que o divide nas acepções **positiva** ou **negativa**. Para os adeptos desse critério, portanto, a liberdade de adesão a uma organização sindical estaria na dimensão positiva, mas sua contraparte seria a dimensão negativa, constituída como **direito de não se filiar a nenhum sindicato**. Os que assim sustentam assinalam que essas liberdades não possuem o mesmo conteúdo, visto que a primeira protegeria os indivíduos contra pressões a que possam estar submetidos, inclusive da própria organização e, a segunda, decorre apenas da conveniência de cada um⁷⁷.

76 Na realidade, o autor acrescenta a expressão “vinculados por uma atividade comum, similar ou conexas” para delimitar o alcance associativo dos trabalhadores e empregadores, de forma coerente com sua histórica vinculação com a produção da CLT, que traz consigo esse conceito. No entanto, apesar de concordarmos com a classificação adotada, não concordamos com a restrição lançada, por entendermos que é ilegitimamente limitadora da liberdade sindical. (SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 364).

77 É o caso, p. ex., de MAGANO, Octavio Bueno; MALLETT, Estevão. **Direito do trabalho na constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 290). No mesmo sentido, afirmam essas duas dimensões da liberdade sindical, José Martins Catharino, Georgeron de Sousa Franco Filho e José Francisco Siqueira Neto, dentre outros.

É certo que a Convenção 87 da OIT não trata, especificamente, da liberdade em sua acepção negativa, a ponto de haver quem defenda que ela adote, positivamente, certa ambiguidade no tema⁷⁸. Bem por isso, há quem critique essa formulação assinalando ser completamente desnecessário que, à frente de uma afirmação positiva de um direito, seja declarado o reconhecimento de uma dimensão negativa para ele próprio. Dito de outro modo, ao se afirmar, por exemplo, a liberdade de culto, resta implícita a ideia de que também é possível a opção por não se professar nenhum culto, sem que isso tenha que ser expressamente afirmado. Seria extremamente sofismático pressupor-se que a afirmação positiva de um direito tem o condão de obrigar a todos que o exerçam, retirando-se da sua esfera de liberdade o direito de escolha – inclusive o de escolher o não exercício desse direito.

O que parece ser uma questão meramente filosófica, no entanto, pode adquirir um caráter político, como bem identificado por Sayonara Silva:

A oposição entre liberdade sindical positiva e negativa é redutora e deformante, e indica a tendência a compreender a liberdade sindical como um direito individual de exercício coletivo, e de assegurar ao direito de não filiação sindical uma estrutura idêntica ao direito de filiação sindical, bem como a perspectiva que salienta o conceito negativo de liberdade⁷⁹.

Não há como não concordar com essa ponderação. A propósito, nos momentos de refluxo da atividade sindical, há sempre um interesse latente dos grupos dominantes de se garantir a liberdade negativa, de forma muito mais intensa do que se procura assegurar a liberdade positiva. Um exemplo que se ajusta perfeitamente a essa análise é o enfrentamento dos tribunais brasileiros a respeito das contribuições assistenciais. É certo que há um debate complexo relacionado ao financiamento sindical, sobretudo pela existência de uma multiplicidade de contribuições, inclusive compulsórias. No entanto, no caso dessa contribuição, em particular, sua instituição sempre esteve relacionada com os

78 Nesse sentido, GIUGNI, Gino; ITIOKA, Eiko Lúcia. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1991. p.53-54, que justifica essa ambiguidade pela existência de determinados países, como Estados Unidos e Reino Unido, nos quais admite-se a existência de cláusulas de sindicalização forçada (*closed shop* ou *union shop*), o que inviabilizaria a adoção de um princípio de liberdade negativa.

79 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**: configurações institucionais do Brasil Contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

custos empenhados na negociação coletiva⁸⁰ o que, por sua vez, atinge todos os integrantes da categoria, sejam ou não associados⁸¹. No entanto, a jurisprudência majoritária entende que somente os associados estão a ela obrigados, usando como fundamento a liberdade de associação dos não associados⁸². Vê-se, com isso, uma intensa valorização da liberdade negativa que pode, em última análise, inviabilizar o exercício da liberdade positiva, caso a arrecadação sindical junto aos associados seja insuficiente para a sustentação econômica do sindicato⁸³.

Esse raciocínio foi adotado, em sua íntegra, pelo STF, quando tratou da contribuição confederativa. Inicialmente o fez na edição da Súmula 666, convertida na Súmula Vinculante 40, em interpretação limitadora do direito de imposição da contribuição confederativa aos não associados ao sindicato, invocando-se a liberdade sindical negativa.⁸⁴ Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1018459, o STF confirmou decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, para quem “o princípio da liberdade de associação está previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891,

80 Esse conceito ficou um tanto desfocado pela profusão de contribuições, sobretudo a partir de 1988, com a inserção da contribuição confederativa pela Constituição. No entanto, Arnaldo Süssekind preserva o sentido clássico, informando que “o chamado desconto assistencial, inserido em convenções e acordos coletivos e, também, em sentenças normativas de dissídios coletivos, se assemelha à quota de solidariedade.” Esta, por sua vez, é uma “decorrência da aplicação *erga omnes* das vantagens estabelecidas no instrumento negociado ou arbitrado, a ser paga exclusivamente pelos não associados.” (SÜSSEKIND *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 1113. V. 2.).

81 Art. 611, da CLT.

82 Nesse sentido, a OJ 17 da SDC do TST, sintetiza esse pensamento: “As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.” Cabe registrar que, em agosto de 2014, foi proposto o cancelamento desse verbete, assim como do Precedente Normativo 119, com sentido similar. No entanto, à falta de preenchimento do *quorum* regimental mínimo para esse tipo de deliberação, os textos foram mantidos, sendo a decisão de manutenção publicada em 25/8/2014.

83 Este é, naturalmente, um juízo hipotético e, provavelmente, de difícil comprovação, sobretudo porque existem outras fontes de receita sindical que atingem, inclusive, os não associados. Todavia, o exemplo citado serve para demonstrar que, em modelos eivados de contradições, como é o brasileiro, a prevalência de um dos aspectos da liberdade sindical sobre outro pode produzir resultados não desejados.

84 A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

e a liberdade de contribuição é mero corolário lógico do direito de associar-se ou não”. Com isso, negou-se provimento ao recurso, que atacava do Precedente Normativo 119, do TST, reconhecendo a repercussão geral para o tema.

Quando se trata da liberdade positiva, no entanto, isso tem sido visto com maiores restrições. O Estado brasileiro assumiu a incumbência de formalizar o registro das entidades sindicais, dando-lhes a certificação da representação formal – e única – da categoria, mas se absteve de promover a regulação, pela via legislativa, dos elementos componentes desse processo, de modo a respeitar o exercício pleno da liberdade sindical consagrada pela Constituição. Nas manifestações oferecidas ao Comitê de Liberdade Sindical, por ocasião do conhecido Caso 1487, o Governo brasileiro apontava a expectativa de regulamentar a questão do registro exigido pelo texto constitucional com os preceitos assinalados na própria Carta, mas isso jamais foi concretizado.

A omissão do Poder Legislativo permitiu a construção de alguns movimentos sucessivos, que foram sendo estruturados de maneira crescente, a ponto de desembocar novamente em um modelo quase que completamente regulado, mas desta feita por vias indiretas. O Ministério do Trabalho foi compelido pela jurisprudência a normatizar a concessão do registro sindical, visto que essa competência foi-lhe expressamente consignada por força das decisões judiciais. Com isso, o espaço deixado pelo legislador foi preenchido paulatinamente por atos de cunho exclusivamente administrativo, com o devido referendo jurisdicional que, também de forma crescente e gradual, cuidou de repristinar diversos dispositivos consolidados produzidos no contexto do modelo corporativo de relações sindicais.

Essa circunstância evidencia que, tanto pela conformação normativa da representação sindical – mormente a incidência da regra constitucional do sindicato único – como pela forma como a atividade sindical tem sido historicamente tratada pelos agentes estatais levam inequivocamente à necessidade de se estipular fatores de definição de atributos objetivos que possam qualificar determinada entidade a ser reconhecida como a detentora do monopólio da representação, definido pela citada regra da unicidade e sua elevação ao padrão constitucional. Em certa medida, pode-se afirmar que, especificamente neste tema, a situação foi significativamente piorada pela Constituição de 1988: o que antes era disciplinado pelas normas infraconstitucionais, passa a ser diretriz

vazada na própria Constituição, tornando praticamente inviável a superação da unicidade impositiva⁸⁵.

Nessa lógica, a tônica das portarias que vieram a disciplinar o registro sindical, foi a da preservação do aparato controlador do Ministério do Trabalho, mediante a criação de condições sucessivamente ampliativas, em mais de uma oportunidade, ultrapassando os parâmetros aceitáveis de mero controle da unicidade para provocar uma inviabilização do exercício da liberdade e da autonomia sindicais. De certa maneira, o que se extrai dessa análise evolutiva é que a manutenção da unicidade sindical não produz apenas o efeito direto de limitar a liberdade de associação no plano das relações laborais, mas a decorrente necessidade de controlá-la vem se tornando um pretexto significativo para também preservar o controle administrativo sobre a constituição das entidades sindicais.

Esse efeito foi potencializado pela persistência da contribuição compulsória no panorama sindical nacional, ao menos até a vigência da Lei n. 13.467/2017, que a tornou facultativa. A acentuação regulatória dos atos normativos do Ministério sobre o registro sindical se operou exatamente – e não por mera coincidência – no momento em que as centrais sindicais foram assimiladas no ordenamento jurídico como entidades de representação dos interesses gerais dos trabalhadores, mesmo contexto no qual passaram a ser beneficiárias das contribuições sindicais. Como a vinculação às centrais é facultativa e a elas não se aplica a regra da unicidade, a percepção de seu quinhão incide sobre as contribuições arrecadadas junto aos trabalhadores cujos sindicatos são a elas filiados, o que justificaria a necessidade de um controle mais intenso ante a possibilidade de uma proliferação sindical artificial. Os meios instrumentais de caráter controlador, portanto, são explicados pelos resultados que eles produzem.

Neste vetor, o que se extrai da prática consagrada nos últimos anos na questão do registro sindical é que ela foi moldada exatamente pela preservação de atributos característicos do modelo corporativo, que foram apropriados inclusive por instituições que, historicamente, posicionaram-se de forma crítica a ela. Essa postura não só desvela o quanto o modelo sindical brasileiro é envolvido pelas contradições como se mostrou um elemento decisivo para a

85 Nesse sentido, pondera-se que, pelos textos constitucionais anteriores, que remetiam a questão do exercício da atividade sindical à regulação inferior, bastaria a alteração legislativa para que se pudesse modificar o paradigma de agregação sindical. Com a nova conformação, isso depende de emenda constitucional, o que dificulta substancialmente qualquer modificação.

interdição a instauração pacífica e natural de convivência plural em regime de liberdade sindical, a partir de opções políticas que possibilitariam a instituição de estruturas mais legítimas de representação, como foram as próprias centrais, em sua proscrita origem.

O fato é que a solução consagrada pela jurisprudência – de se reconhecer a competência do Ministério do Trabalho para o registro sindical – não nos parece instrumentalmente imprópria, conquanto possa ter se tornado um ponto crítico do problema central que ora se estuda. A princípio, entendemos que é natural que o órgão administrativo com qualificação específica para tratar de assuntos relacionados ao trabalho seja encarregado de concentrar os pedidos de registro sindical, mormente se essa exigência constitucional está associada a outra – unicidade compulsória da representação – que demanda um mínimo controle por parte do Estado, devido às prerrogativas e atributos do sindicato. Cabe lembrar que o próprio Comitê de Liberdade Sindical da OIT já se pronunciou no sentido de que a simples exigência de formalidades prévias para a constituição e funcionamento de sindicatos, bem assim a simples estipulação de registro sindical, sem a conotação de “autorização”, não seriam ofensivas à liberdade sindical, como registram seus verbetes 275 e 294⁸⁶. No entanto, o verbe 273 do Comitê estabelece que “a lei que prevê que o direito de associação está sujeito a uma determinada autorização puramente discricionária por um departamento ministerial é incompatível com o princípio da liberdade sindical”⁸⁷. Daí por que entendemos que o problema substancial revelado por

86 Verbe 275 da CLS: “*Dans son rapport à la Conférence internationale du Travail de 1948, la Commission de la liberté syndicale et des relations industrielles a précisé que «lès Etats restent libres de prévoir dans leur législation telles formalités qui leur semblent propres à assurer le fonctionnement normal des organisations professionnelles».* Par conséquent, les formalités prévues par les réglementations nationales concernant la constitution et le fonctionnement des organisations de travailleurs et d'employeurs sont compatibles avec les dispositions de la convention, à condition, bien entendu, que ces dispositions réglementaires ne mettent pas en cause les garanties prévues par la convention n. 87.”

Verbe 294 da CLS: “*Si les conditions fi xées à l'octroi de l'enregistrement équivalaient à exiger une autorisation préalable des autorités publiques à la constitution ou au fonctionnement d'un syndicat, il y aurait là une incontestable atteinte portée à la convention no 87. Il n'apparaît pas cependant que tel soit le cas quand l'enregistrement des syndicats consiste uniquement en une formalité dont les conditions ne sont pas de nature à mettre en cause les garanties prévues par la convention.*” BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL. **La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT.** 5. ed. révisée. Genève: Bureau International du Travail, 2006. p. 62, 65.

87 *Idem*, p. 61. Tradução livre do autor. O texto original: “*Une disposition législative prévoyant que le droit d'association est soumis à une autorisation donnée d'une manière purement discrétionnaire par un département ministériel est incompatible avec le principe de la liberté syndicale.*”

essa prática é que, em razão do papel histórico assumido pelo Ministério do Trabalho, desde sua criação, a preservação dessa competência por deliberação jurisprudencial acabou por produzir efeitos deletérios para a liberdade sindical. Ao contrário do que se imaginava originariamente, a atuação ministerial acabou por não se limitar a produzir um simples instrumento controlador da existência dos sindicatos, transmudando-se para um órgão controlador das próprias atividades sindicais, em total desajuste com os preceitos fundamentais que se pretendia instalados na nova ordem constitucional.

Com isso, pode-se afirmar que as decisões judiciais, mormente as oriundas do STF, deram margem à estipulação de um modelo ainda fundado nos caracteres genéticos do sistema sindical brasileiro, o que levou, ao cabo desse processo, à conclusão de que muitos dos dispositivos da CLT teriam sido recepcionados pela Constituição, o que não nos parece razoável. Afirmar-se a sobrevivência desse dispositivo representaria a assinalação definitiva de todo o potencial controlador do Ministério do Trabalho, na contracorrente da valorização da liberdade que se pretendeu adotar, em que pese as deficiências com que isso foi positivado.

Em nosso entender, a prática que se tem adotado desde 1988 é de total inadequação formal e metodológica, por emprestar a um agente estatal com atribuições administrativas e passível de influências circunstanciais, o encargo de disciplinar e determinar o exercício de um direito de índole fundamental. Porém, resistimos à conclusão de que ela seria formalmente inconstitucional, mas por formulações diversas, e a fim de evitar que se desenvolva um quadro acentadamente mais grave, que seria a negação ao exercício da liberdade sindical. É que, para concretizar o mister conferido provisoriamente pelo STF, o Ministério do Trabalho jamais dispôs de qualquer instrumento normativo oriundo do poder competente, visto ainda restar um lastimável vazio legal. Sendo assim, para assegurar o pleno exercício do direito de associação sindical, mormente para aquelas entidades que não detinham a personalidade jurídica concedida pelo regime anterior, o órgão executivo assumiu a incumbência de suprir essa importante lacuna, cuja persistência implicaria a impossibilidade de se efetivar um direito assegurado constitucionalmente e que, como já sustentamos, tem natureza de fundamentalidade formal e substancial.

O que se infere, portanto, é que a interpretação jurisprudencial da dimensão positiva da liberdade sindical seguiu trilha diversa daquela relacionada à cobrança de contribuições pelos sindicatos. Se nesta última houve uma osten-

siva valorização da visão liberal da liberdade, de forma a sufocar a arrecadação aos sindicatos, inclusive desprezando suas funções institucionais, na questão do registro sindical foram usados instrumentos legais já ultrapassados constitucionalmente, para limitar o poder organizativo dos trabalhadores, em uma absoluta falta de coerência hermenêutica, como tem sido próprio do atual estágio da Justiça brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2019, o então Presidente promoveu a extinção do Ministério do Trabalho, em uma atitude simbólica de desprestígio às forças produtivas, tão importantes para o desenvolvimento do país. As suas atribuições, foram “fatiadas” dentro da nova organização administrativa, ficando a cargo do “superministério” da Justiça e Segurança Pública as questões relativas ao registro sindical, e outras foram levadas à competência do Ministério da Economia.

O cenário não pode ser mais nebuloso para o movimento sindical: a extinção abrupta da contribuição compulsória sem a devida regulamentação da taxa negocial, tende a sufocar financeiramente os sindicatos de trabalhadores, já combalidos em razão da contração da economia e do mercado de trabalho. O tratamento que se pretende conferir aos sindicatos, entregando o controle da sua existência a um “chefe de polícia”, representa um gravíssimo retrocesso, comparável ao que se viu na década de 1940, quando Filinto Müller – que comandava a polícia política da Ditadura Vargas e que foi, por diversas vezes, acusado de promover prisões arbitrárias e a tortura de prisioneiros – tinha um papel crucial na repressão à atividade sindical⁸⁸.

Esse foi o ato derradeiro de um espetáculo farsesco que tem se desenhado desde que as forças conservadoras retomaram o controle da política no Brasil. A mera repetição de práticas e de discursos há muito superados evidencia o despreparo daqueles que se dispuseram a comandar nosso país, entregando-o ao franco retrocesso social. Como lembra Rubens Casara, isso é próprio do Estado Pós-Democrático, no qual o que importa “é assegurar os interesses do mercado e da livre circulação do capital e das mercadorias, com o controle ou mesmo exclusão dos indivíduos disfuncionais, despidos de valor de uso ou ini-

⁸⁸ Qualquer semelhança com a realidade atual não é mera coincidência. Como já disse Marx, em uma frase citada à exaustão, “primeiro como tragédia; depois como farsa.”

migos políticos”⁸⁹. A entrega do controle da existência dos sindicatos nas mãos de um governo autoritário e tendencioso reproduz o cenário histórico que se via antes da Constituição de 1988, e que a jurisprudência não foi capaz de interditar.

Embora tenha sido recriado o Ministério do Trabalho no decorrer do desastroso governo, ele não voltou a alcançar o prestígio e a importância histórica que teve no período democrático, permanecendo como órgão auxiliar de um movimento de erradicação dos direitos sociais.

Diante desse contexto, torna-se mais do que emergente efetiva regulamentação da liberdade sindical, que deve perpassar não apenas pela garantia efetiva do seu exercício, mas também pela revisão da jurisprudência conservadora que, a um só tempo, limita o poder organizativo dos trabalhadores e impede que os sindicatos possam ter uma receita adequada às suas funções institucionais.

Ao Poder Judiciário compete garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais e, nessa condição, deve impedir quaisquer desmandos autoritários. Para esse fim, é elementar que o Judiciário supere a crise de legitimidade em que se inseriu, ao contribuir sensivelmente para a formação de um Estado Pós-Democrático, tornando-se “uma agência estatal seletiva, voltada somente aos interesses da elite, incapaz de concretizar os direitos da maior parte da população”⁹⁰. Cabe ao Judiciário “reassumir sua função no jogo democrático, isto é, a função de assegurar o respeito aos direitos fundamentais e acomodar os conflitos, bem como zelar pela divisão das responsabilidades nesse processo, sempre inacabado, de construção da democracia”⁹¹.

Por isso, é mais do que necessário que a jurisprudência seja reformulada e reconstruída, de modo a garantir o pleno exercício da liberdade sindical positiva e o direito de os sindicatos de obterem seus recursos por meios lícitos de financiamento, que possam atingir a todos os que são beneficiários de seu importante trabalho.

A eleição de 2022, apesar de envoltas em um ambiente de muita tensão e de agressões à democracia, trouxe novas perspectivas e reacendeu a esperança de que o Brasil possa ser reconstruído, não apenas para retomar o prumo do desenvolvimento social, mas, sobretudo para superar os entraves que impedem a evolução de direitos e garantias estruturais de qualquer sociedade democrática.

89 CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

90 *Idem*.

91 *Ibidem*.

PARTE IV

INSTRUMENTALIDADES
VOLTADAS À EFETIVIDADE
DOS DIREITOS
HUMANOS SOCIAIS

A INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL EM TEMAS RELACIONADOS AO TRABALHO HUMANO¹

Augusto César Leite de Carvalho

O autor é Ministro do TST. É mestre em direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará, doutor em direito das relações sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, com revalidação no Brasil pela Universidade Federal de Pernambuco, e pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca. Autor do livro "Direito do Trabalho: curso e discurso", pela Editora Venturoli, e dos livros "Garantia de indenidade no Brasil" e "Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos", ambos pela Editora LTr. É professor de graduação e mestrado no Curso de Direito do Centro Universitário IESB – Instituto de Ensino Superior de Brasília e de pós-doutorado em Direitos Humanos na Universidad de Salamanca. Página no Instagram sobre Direitos Humanos: @augustocesarcarvalho_

¹ Este artigo tem o mesmo conteúdo de artigo que o autor redigiu em homenagem à memória do ministro Walmir Oliveira da Costa, estando no prelo a coletânea homenageante.

1. OS DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR-FONTE DA NORMATIVIDADE CONVENCIONAL E CONSTITUCIONAL

Opto por iniciar este artigo enfatizando a importância de adotarmos a dignidade da pessoa humana como eixo cognitivo e de transversal normatividade para fundamentar qualquer ato decisório fundado na primazia dos direitos humanos e fundamentais. Tomo de empréstimo, para tal efeito, reflexões que desenvolvi em experiência acadêmica voltada ao estudo dos direitos humanos, em ocasião na qual me integrei a projeto de pós-doutoramento integrado à celebração do oitavo centenário da vetusta Universidade de Salamanca.

É comum vermos os direitos humanos esquematizados em gerações de direitos (direitos civis e políticos seguidos de direitos sociais etc.) que teriam sido gradualmente incorporados ao direito positivo². Há os que preferem catalogar os direitos humanos em dimensões que, com igual conteúdo normativo, estariam, assim esquematizadas (sem ordem cronológica), a enfatizar que a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais é um estágio existencial imprescindível à realização dos direitos de liberdade, e vice-versa (MAZZUOLI³, 2020).

Ao se cogitar que há direitos humanos de primeira, segunda ou terceira geração⁴, ressentir-se de deixar sem resposta o argumento de não ser plenamente livre aquele a quem não se garantem as expectativas positivas de saúde,

2 Não estou a desdenhar da tese, com a qual aquiesço, de que a afirmação histórica dos direitos humanos deu-se a partir do reconhecimento das liberdades civis e políticas, insurgindo-me apenas quanto à possibilidade fática de tais liberdades se realizarem sem o precedente da igualdade substancial. Sobre a evolução histórica dos Direitos humanos: MARTÍNEZ QUINTEIRO, 2016, p. 41-60.

3 Mazzuoli (2020) ressalta que “alguns autores também se referem às *dimensões* dos direitos humanos, partindo da premissa de que a expressão **gerações** poderia induzir à falsa ideia de que uma categoria de direitos substitui a outra que lhe é anterior”.

4 Assim sucede desde quando Karel Vasak, em conferência ministrada em Estrasburgo, no Instituto Internacional de Direitos Humanos (1979), inspirou-se no ideário de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa para sustentar que haveria direitos humanos de três gerações – da primeira geração, os que se traduziriam nas liberdades de pensamento, consciência, expressão, locomoção, crença e outras liberdades mais, seguindo-se os direitos sociais como direitos humanos de segunda geração e os direitos de fraternidade como de terceira geração. Sobre o tema: Mazzuoli (*op. cit.*) observa que, nos dias que correm, sustenta-se inclusive uma quarta geração de direitos humanos que corresponderia aos direitos de solidariedade (o direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo, *exempli gratia*) e mesmo uma quinta geração, alusiva ao direito de esperança e “fundada na concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica”.

educação, moradia, trabalho etc. Por outro lado, os que preferem sustentar que há direitos humanos de primeira, segunda ou terceira dimensão não raro esboçam, talvez sem o querer, uma ordem de preferência que cataloga em segundo plano os direitos sociais, sem embargo de eles serem, quase invariavelmente, o pressuposto material de todas as liberdades.

Malgrado utilize, neste texto, a categorização em dimensões, registro que o faço porque assim é mais fluida a interlocução com meu leitor e afasto desde logo qualquer hierarquização entre as espécies de direitos humanos. Não fosse pelo confessado pragmatismo, seria mais consentâneo dizer simplesmente que os direitos civis e políticos atendem à dimensão da liberdade e que os direitos sociais e ambientais correspondem à dimensão da igualdade. Sem ordem no tempo ou de prioridade.

Neste ponto, é relevante acentuar que entre outros valores fundamentais que inspiram os direitos humanos – a saber: a liberdade, a igualdade, a sustentabilidade e a paz –, desponta a dignidade da pessoa humana como valor-fonte e há, para evidenciar essa primazia entre pares, dois aspectos que claramente sinalizam a estatura mais elevada do princípio da dignidade da pessoa humana: o significado difuso, a reclamar um ponto ideal de convecção (a dignidade!), atribuível a outros valores fundamentais como a liberdade e a igualdade; como segundo aspecto, a indivisibilidade dos direitos humanos ou fundamentais como mecanismo de calibração, fundado na dignidade humana, entre os direitos humanos e fundamentais de todas as categorias.

1.1 A liberdade e a igualdade como conceitos sem conteúdo moral autoevidente que são ressignificados pela dignidade humana

Liberdade e igualdade podem apresentar-se, em rigor, como conceitos formais, sem conteúdo moral preconcebido. Não por acaso, a liberdade é associada por Kant à autonomia, vale dizer, à capacidade, inerente à razão, de decidir se deixar influenciar por fatores externos ou interesses pessoais, em um exercício de abstração no qual os limites não seriam traçados por cânones éticos preestabelecidos, mas por uma máxima de conteúdo fluido, contanto que universal (KANT, 2003).

O conteúdo igualmente indeterminado do princípio da igualdade – em rigor, a igualdade é um conceito relacional, associado a um ideal de vida gregária, que não preordena *a priori* os setores da existência em que se justificam a equipa-

ração ou a diferença de tratamento – fez Pérez Luño lembrar que Luhmann sustentava ser suficiente a “igualdade de regularidade do procedimento”, ou igualdade na aplicação da lei, para a qual “carece de relevância se os homens são iguais ou desiguais por natureza ou por outras causas” (PEREZ LUÑO, 2007).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, inicia com a afirmação categórica de que todos os seres humanos são livres e iguais em dignidade e direitos. Enfatizemos: iguais em dignidade. Não obstante as diferenças que caracterizam as tantas subjetividades, idiosincrasias e diversidades culturais, há um elo entre todos os homens e mulheres, pessoas de todos os gêneros, insusceptível de reduzir-se a algum arrebatamento de outras instâncias normativas: a dignidade da pessoa humana, um conceito de conteúdo ético e universal.

A dimensão da igualdade, no âmbito dos direitos humanos, é, por isso, e ontologicamente, a dimensão da dignidade. Di-lo a Declaração de 1948: devemos ser tratados igualmente no que temos de essencialmente igual. Um aspecto relevante para a aplicação do direito objetivo: como se trata de um valor ético transcendente, a dignidade é princípio que não se traduz em regras de comportamento, antes o contrário. São as regras jurídicas, descritivas de conduta e sanção, que devem guardar relação de continência com a máxima segundo a qual toda prescrição normativa indiferente à essência dos seres humanos, que a todos faz iguais naquilo em que se igualam, desatende ao axioma da dignidade e, portanto, não se reveste de validade.

1.2 A indivisibilidade dos direitos humanos

As dimensões de direitos humanos e fundamentais estão afetas primordialmente às liberdades civis e políticas, aos direitos sociais fundados na igualdade, ao direito a um ambiente ecologicamente equilibrado baseado na premissa da sustentabilidade. Tais dimensões não se afiguram como setores estanques e incomunicáveis. Há de se perguntar, a propósito, qual seria a expectativa de pacificação social se estivessem em vigor apenas as leis nascidas no primeiro tempo do liberalismo, leis que malgrado antevissessem a todos como abstratamente iguais, não promoviam de fato a igualdade material entre as várias camadas sociais materialmente desiguais, nem o pretendiam.

Longe de ser coincidência, esse primeiro estágio do liberalismo, fundado no postulado da liberdade puramente formal, correspondeu, no mundo dos fatos, ao que Hobsbawm denominou a “era das revoluções”, pois não se concretiza-

ra, afinal, a promessa de existência digna para todos os estratos sociais, ou o juramento que teria motivado as revoluções liberais – ou ainda, como explica Trindade (2012), não se cumpriu a expectativa de emancipação humana do operariado que se seguisse à emancipação política da classe burguesa.

A organização econômica, edificada a partir do ideário burguês, importava a espoliação do trabalho oferecido pela classe operária, dependente, subalterna e por isso recorrentemente insurreta. Como bem se sabe, as insurreições obreiras, desde o início da era contemporânea, foram inúmeras e difusas.

Era necessário cuidar da desigualdade real, concreta, esta a impedir que as camadas populares exercessem em plenitude os direitos de liberdade. É esse o objetivo, como se perceberá em seguida, dos esforços envidados pelas Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos, OIT e organismos não governamentais, além de cortes judiciais internacionais, por meio de tratados e decisões: o objetivo de impor políticas públicas voltadas à realização da igualdade material.

Para esse efeito, algo muito importante: há algum tempo, a inter-relação e a interdependência entre os direitos de liberdade e os direitos que atendem ao desígnio de igualdade substancial (os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) têm contaminado, fortemente, a semântica dos termos **liberdade** e **igualdade** – termos que enunciam, desde que a humanidade se pôs sob a influência do Iluminismo, valores éticos sabidamente fundamentais. Sem meias-palavras, há novos e auspiciosos significados sendo atribuídos à liberdade e à igualdade.

O novo sentido da liberdade é o que se revela na expressão “liberdade substantiva”, esta a compreender, para além dos limites da liberdade formal (ou “liberdade negativa” consagrada pelos protoliberais), também a provisão de oportunidades que proporcionem existência digna, oportunidades que são, como as define Amartya Sen (2010, *passim*), “elementos constitutivos do desenvolvimento”. Sustenta Sen, portanto, que as liberdades civis e políticas estão inter-relacionadas a condições materiais que garantam **capacidade** e **oportunidade** a quem pretende exercê-las.

A compreensão de que as liberdades civis e políticas, com base na premissa de que elas e os demais direitos humanos, incluídos os direitos sociais, estão em relação de interdependência, harmoniza-se com o que prediz o quinto artigo da Declaração e Programa de Ação das Nações Unidas de 1993: “A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase.”.

Em 1999, ao julgar o caso Villagran Morales *versus* Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos percebeu que a repressão policial aos jovens guatemaltecos – que resultou na prisão, tortura e morte de alguns destes – não se resolvia apenas com as sanções previstas para o cerceio das liberdades de locomoção e de não ter ceifada a vida. A Corte ordenou que se construísse uma escola para a formação de jovens que não teriam, assim, sorte igual. Em seu voto convergente, o juiz brasileiro Cançado Trindade afirmou:

O direito à vida implica não somente a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, mas também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico [...].

O dever do Estado de tomar medidas positivas se acentua precisamente em relação à proteção da vida de pessoas vulneráveis e indefesas, em situação de risco, como são os meninos em situação de rua. A privação arbitrária da vida não se limita, pois, ao ilícito do homicídio; estende-se igualmente à privação do direito de viver com dignidade. Essa visão conceitua o direito à vida como pertencente, ao mesmo tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, assim como ao domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a inter-relação e indivisibilidade de todos os direitos humanos⁵.

No âmbito dessa indivisibilidade de direitos, não há como priorizar um entre outros direitos da humanidade. Os direitos sociais e o direito ao meio ambiente de trabalho sustentável são pressupostos, por exemplo, para o pleno e universal gozo das liberdades. A liberdade política é um antecedente lógico do direito à sustentabilidade e aos direitos sociais, assim por diante.

A interdependência entre direitos humanos e fundamentais está a exigir, por igual, um urgente refinamento das políticas públicas que visam à maior eficácia das medidas que promovem a igualdade. O próprio significado desse valor ético transcendente, a igualdade, agora se traduz em **igualdade de oportunidade e igualdade de resultado**.

5 Texto no original: "El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. [...] El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos."

Ao incorporar a ideia de interdependência entre os direitos humanos, a Agenda 2030, das Nações Unidas, inclui, como oitavo objetivo global da humanidade, o de “promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”.

Vale dizer: entre os objetivos do desenvolvimento sustentável, o ODS n. 10 da Agenda 2030 contempla a redução das desigualdades e enumera metas a serem alcançadas com tal fim, entre elas a meta n. 3: “garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultado”. E então se percebe novo jogo semântico: de que se está a tratar quando se fala em “igualdade de oportunidade” e em “igualdade de resultado”?

Usando metáfora de competição, importa não somente a igualdade de oportunidades, ou seja, que todos os competidores estejam inicialmente alinhados no mesmo ponto de partida, o que pode se revelar desafiador frente à realidade desigual resultante de possíveis e interseccionados fatores de vulnerabilidade (pense-se na igualdade de oportunidades se há, entre os contendores, os discriminados por gênero, por cor ou etnia, por deficiência etc.).

Importa também garantir a igualdade de resultado porque, diversamente do que sucede no mundo puramente lúdico, descabe questionar àquele que não consegue vivenciar uma existência digna a razão de seu tropeço, o motivo, por exemplo, de estar desocupado ou desalentado se outros, em condições aparentemente iguais, conquistaram algum posto de trabalho ou outra forma de existência. Anota Atkinson que “as pessoas podem se esforçar e ainda assim ter azar. [...] Como observam os economistas Ravi Kanbur e Adam Wagstaff, seria moralmente repugnante ‘condicionar a distribuição de sopa a uma avaliação da circunstância ou do esforço que levou ao resultado de o indivíduo [...] estar na fila da sopa.’” (ATKINSON, 2015).

Entre o mais, Atkinson defende a insuficiência da igualdade de oportunidades também porque a desigualdade de resultados afeta diretamente a igualdade de oportunidades para a geração seguinte: “Os resultados *ex post* de hoje determinam as condições *ex ante* de amanhã: os beneficiários da desigualdade de resultados de hoje podem transmitir uma vantagem injusta aos seus filhos amanhã” (ATKINSON, 2015).

A humanidade vive, em nossos dias, o desafio de testar a promoção de políticas distributivas que remedeiem a insuficiência da igualdade formal (promovendo assim a igualdade de resultado) e de testar, nesse novo contexto, a capacidade do Direito de compensar os males que a liberdade econômica

sem freios pode causar mediante a positivação de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais que se revistam de efetividade e, nessa medida, assegurem existência digna a tantos quantos não participem dos estratos sociais hegemônicos, nos quais se definem regras e destinos.

A premissa fundante desse novo horizonte jurídico é decerto a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação dos direitos humanos e fundamentais de todas as dimensões.

2. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO MODO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS INTERDEPENDENTES E INTER-RELACIONADOS

É fácil perceber que estou a compreender os direitos humanos como aqueles que, afetos aos valores éticos da dignidade, da liberdade, da igualdade e da sustentabilidade, são inerentes à condição humana; como direitos fundamentais, concebo os direitos que, ostentando esses atributos e normalmente inspirados nos direitos humanos, ganham estatura constitucional no âmbito dos estados nacionais.

Tratemos, porém, da importância do Poder Judiciário na atribuição de conteúdo aos direitos humanos e fundamentais, incluídos evidentemente os direitos sociais. É que não somente os que produzem as leis, mas também os que as interpretam devem estar vigilantes à preeminência da máxima universal que liberta o destinatário da norma jurídica infraconstitucional quando ele percebe estar essa a desconsiderar a igualdade que há em todos, naquilo em que todos são iguais. Como pontua Ferrajoli, “[...] a interpretação das leis está (sempre esteve) confiada, no paradigma do estado de direito, a juízes independentes e não ao próprio legislador” (2006, p. 96). Nesse horizonte, a lei *stricto sensu* tem sempre sentido e alcance condicionados, não podendo imunizar-se inteiramente da possibilidade de ser submetida à sindicância judicial de validade.

Não se trata de tarefa fácil. As normas de direito internacional e de direito constitucional, exatamente porque se revelam de textura aberta, fazem da hermenêutica jurídica – a ser levada a efeito pelo Poder Judiciário – um constante desafio, sem a acomodação intelectual proporcionada por regras de conduta que se encontram amiúde no direito nacional. Alguns exemplos são ilustrativos:

- a) O Tribunal Constitucional da Alemanha construiu toda sua rica jurisprudência acerca da proteção dos direitos sociais a partir do art. 1º, I e II, da

Lei Fundamental de Bonn que, após proclamar ser intangível a dignidade da pessoa humana, arremata singelamente: “O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. Nada é mais abstrato que essa assertiva, mas dela se inferiu o conteúdo essencial dos direitos fundamentais de índole social, no solo alemão.

- b) Quando houve de dar efetividade ao direito constitucional ao trabalho (artigos 35.1 e 40.1 da Constituição espanhola), o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu, por sua vez, que tal direito não se esgotaria na liberdade de trabalhar ou no direito de todos os espanhóis a um posto de trabalho, mas também “à continuidade ou estabilidade no emprego, ou seja, a não ser despedido se não existe uma justa causa” (STC 22/1981). Em suma, direito ao trabalho com o significado de direito a trabalho digno, assim também decidindo o Tribunal Constitucional da Itália nas Sentenças 47/1976 e 189/1980⁶.

É de se questionar qual o significado que os juízes e tribunais brasileiros estão dispostos a dar, sob tal perspectiva, ao art. 23.3 da Declaração Universal de Direitos humanos: “Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”. Esse dispositivo desdobra-se em outros, a exemplo do art. 7º do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado por cerca de 160 países, inclusive o Brasil.

Bem entendido, o art. 7º do PIDESC – à semelhança do art. 7º do Protocolo de San Salvador, seu congênere nas Américas, também ratificado pelo Brasil – prefere usar o significante “decência”, que denota o mesmo sentido de “dignidade”, para exigir que as nações civilizadas exijam remuneração que proporcione aos trabalhadores, no mínimo, “uma existência decente para eles e suas famílias”. Uma norma infraconstitucional que acaso produza incerteza quanto ao ganho salarial, transferindo ao empregado o risco da atividade econômica intermitente, decerto poderá ser confrontada, no plano abstrato ou concreto, com tal exigência de remuneração decente (CARVALHO, 2018, *passim*).

6 As duas sentenças da Corte Constitucional da Itália são referidas por Luigi Ferrajoli em: FERRAJOLI, 2014, p. 117.

Como observa Theobaldo Eloy de Carvalho Neto (2020), a propósito da regulação do trabalho intermitente pela Lei n. 13.467/2017:

[...] a legislação brasileira deixou substanciais lacunas quando autorizou a adoção praticamente irrestrita do contrato de trabalho intermitente. As condições de trabalho oferecidas pela nova forma de contratação podem, em potencial, ofender princípios constitucionais e direitos fundamentais basilares dos trabalhadores, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito social ao trabalho digno, o valor social do trabalho e a valorização do trabalho humano como fundamento para se chegar a uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, nos termos da Constituição Federal.

Parece evidente, portanto, a inviabilidade tanto de um provimento jurisdicional que generalize a conclusão de ser a regência do contrato de trabalho intermitente constitucional, sem ressaltar os casos concretos em que tal modalidade de trabalho não estaria a gerar trabalho digno com remuneração decente; quanto de uma decisão que proscreva genericamente a regulamentação do trabalho intermitente, sem a atenção devida para as atividades econômicas que se caracterizam pelos períodos de inatividade. Esse impasse, como sustentarei ao final deste artigo, resolve-se mediante a técnica da “inconstitucionalidade circunstancial”.

Por ora, não custa lembrar: no âmbito interno, a ordem constitucional brasileira também seguiu a trilha que lhe fora preordenada desde a DUDH de 1948, ao prescrever que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º, III) e que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna segundo os ditames da justiça social (art. 170). Para conferir à observância do princípio da dignidade um compromisso intergeracional, a Constituição exige que a discricionariedade do planejamento familiar e a educação das crianças e adolescentes brasileiros tenha ao menos um limite: a dignidade da pessoa humana como referência ética (art. 226, § 7º e art. 227).

Em parêntese, cabe anotar que outras ordens constitucionais, sobretudo aquelas que surgiram a partir de quando foram desvendadas as atrocidades de inspiração eugênica cometidas pelo regime nazista, são igualmente explícitas quanto a estarem esteadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ilustrativamente, a Constituição da Espanha proclama que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que a ela são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento

da ordem política e da paz social” (art. 10.1), assinalando em seguida que “as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretam em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre essa matéria ratificados pela Espanha”.

Em qualquer desses países, cabe ao legislador infraconstitucional e ao seu intérprete, como é truísmo afirmar, agir em conformidade com essa mesma centelha de eticidade inaugurada no plano das normas internacionais e endossada pelas cartas constitucionais. Em auxílio ao intérprete, o legislador pode esclarecer que sua base ideológica é a proteção à dignidade humana, como se observa à leitura do art. 4.2.c do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, o qual inclui entre os direitos dos trabalhadores o “respeito a sua intimidade e a consideração devida a sua dignidade [...]”; ou omitir esse fundamento ético, a exemplo do que se observa à leitura do Código Civil vigente no Brasil desde 2002, código esse cujo conjunto normativo revela amplo suporte na proteção aos direitos da personalidade, na oponibilidade da boa-fé e da função social dos negócios jurídicos, sem explicar, porque desnecessário, sua sintonia com a preponderância da dignidade humana.

Mas todos os princípios até aqui enlevados, como normas jurídicas, são mandamentos de otimização (ALEXY⁷, 2017, p. 90). Equivale a dizer: o legislador e seus exegetas não estão vocacionados, na direção oposta, a bloquear a trajetória sempre inflexível, quiçá ascendente, de tutela da dignidade da pessoa humana; vale dizer: não estão aptos a alforriar o Estado ou qualquer outra esfera de poder social para agirem com base na interpretação gramatical da lei, sem que atentem para a permeabilidade da lei ao primado da dignidade humana.

3. A PONDERAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NA ATUAL CONTINGÊNCIA HISTÓRICA

O Estado brasileiro atravessa quadra histórica que parece confirmar a tese, em parte aceita por historiadores, de que a humanidade, ou parte dela, vive

7 Conforme Alexy, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

ciclos de avanço sucedidos por outros de recuo em sua evolução na busca de melhor qualidade de vida.

Conta-nos Niall Ferguson, por exemplo, que ideias e comportamentos associados à competição, à ciência, ao direito de propriedade, à medicina, à sociedade de consumo e à ética do trabalho teriam permitido que as sociedades ocidentais superassem a vida precária que experimentavam há quinhentos anos e conquistassem então a supremacia civilizatória que antes se atribuía aos povos do oriente (FERGUSON, 2012, *passim*), os mesmos que agora ameaçam retomar a superioridade perdida.

Vivemos ciclos históricos em que oscilam ideologias e poder em várias perspectivas, amoldando-se o direito às variações da política, às vezes da religião; a política, aos desvelos da ciência, ou às variáveis econômicas; estas, às limitações do direito. São subsistemas sociais interdependentes que, por vezes e desafortunadamente, atuam de maneira autorreferencial, sem atinarem para a necessidade e a complexidade do diálogo que os faria a todos sustentáveis.

Das digressões de Luhmann se extrai um inevitável questionamento: o que é o estado do bem-estar social, senão uma política de inclusão social? “O conceito de inclusão significa a incorporação de toda a comunidade às prestações dos distintos sistemas funcionais da sociedade”, de modo que “na medida em que se realiza a inclusão, vão desaparecendo aqueles grupos que não participam da vida social, ou o fazem só marginalmente” (LUHMANN, 2002, p. 48).

Embora o foco deste escrito esteja relacionado aos embates que estão a desenvolver-se entre a liberdade de empresa e o conteúdo mínimo existencial que há de corresponder ao trabalho digno, irresistível é assinalar que o sistema jurídico, por obra da Justiça, não está tensionado apenas na região dos direitos sociais.

Não obstante a imperatividade dos catálogos de direitos humanos (de todas as dimensões), o modo de internalizá-los e torná-los efetivos se submete a juízos imprecisos e às vezes mutáveis de prudência também em relação aos direitos de liberdade e de sustentabilidade, por meio de ponderações – encetadas pelos órgãos de poder – que sinalizam alguma crise nos direitos da humanidade, sem que nada se modifique no rol desses direitos. É possível exemplificar.

Inverte-se hoje no Brasil a recomendação de priorizar-se, no âmbito dos direitos de liberdade, o direito de preservação da imagem ou da intimidade (que se traduz em “imunidade”) quando contrastado com a liberdade de expressão

(que se traduz em “faculdade”)⁸ 9. A seu turno, a liberdade de ir e vir parece render-se à prevalência, com viés exacerbadamente punitivista, da garantia contra a proteção penal insuficiente (VIEIRA, 2007).

O direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição) convive, nos estados brasileiros de Minas Gerais e Espírito Santo, com a tragédia do Rio Doce, contaminado com rejeitos de mineração que o transformam em **rio morto** por estimados cem anos.

No mundo do trabalho, esse mesmo direito à sustentabilidade assiste a arroubos legislativos que, embora tristemente amplos, mostram-se indiferentes à proteção de ambientes de trabalho que agora não se circunscrevem ao chão da fábrica, pois se revelam difusos e não raro virtuais, gerenciados às vezes por algoritmos que remetem a controle por inteligência artificial, com um claro potencial de deteriorar as condições existenciais que oferecem aos trabalhadores na mesma proporção em que se amoldam aos avanços da ciência e da

8 “Os direitos fundamentais consistentes em meras imunidades – ou seja, somente em expectativas passivas negativas como a liberdade de pensamento ou de consciência ou a imunidade frente às torturas [...] – porquanto não pressupõem algum ato concreto para o seu exercício, estão tendencialmente no vértice da hierarquia. Com efeito, ao não poder limitar ou interferir nas liberdades e nos direitos dos demais, são um limite ao exercício de todos os demais direitos e não são limitáveis pelo exercício de nenhum destes” (FERRAJOLI, 2014, p. 120. Tradução livre para o português). O autor completa: “*Sin embargo, no siempre las relaciones entre derechos de inmunidad y derechos activos de libertad permiten soluciones en abstracto. Por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento topa ciertamente con el límite de la dignidad de la persona, y por eso de su inmunidad frente a difamaciones o calumnias; pero tal límite puede ser considerado más o menos rígido, dando lugar a soluciones diversas en los casos concretos, según, por ejemplo, el papel público de la persona cuya privacidad resulta violada*”.

9 Ao julgar a ADPF 130 (STF, Pleno, Relator Ministro Ayres Britto), em abril de 2009, sobre a constitucionalidade da chamada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967), afirmou o STF: “Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”. Na ementa do julgado, há o complemento que prestigia, a nosso ver, a monetização do direito à preservação da intimidade em proveito da liberdade de expressão: “Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana”.

tecnologia. A autodenominada **modernização** do Direito do Trabalho ignorou, no Brasil, as mudanças reais no mundo do trabalho (CHAVES JUNIOR, 2017).

É sob esse panorama crítico para todos os direitos humanos que os direitos sociais sofrem, talvez com maior intensidade, onda de desregulação que não produz efeitos econômicos proveitosos e, o mais das vezes, devolve a relação de trabalho ao estágio normativo em que estava há um século, quando, segundo Henri Lacordaire, a liberdade contratual oprimia e era incipiente a lei que libertava.

4. A PRUDENTE TÉCNICA DA INCONSTITUCIONALIDADE CIRCUNSTANCIAL

Nem sempre o controle de constitucionalidade se realiza, com maior proveito, pelo modo concentrado. Há casos nos quais a ausência do fundamento de validade da norma inferior salta aos olhos e então o controle concentrado, exercitável *erga omnes* pelas cortes de justiça constitucionais, é mais racional e eficaz (ex.: a violação do princípio da legalidade onde a Constituição reserva a regulação à lei).

Noutros, a violação de algum princípio convencional ou constitucional é perceptível apenas, ou sobremodo, ao exame do caso concreto, resultando infrutífera a declaração de convencionalidade ou constitucionalidade da norma em abstrato (ex.: o controle difuso está mais habilitado a verificar a violação dos princípios da capacidade contributiva e da proibição de confisco no direito tributário (SOUZA, 2001); ou a violação dos princípios da redução dos riscos inerentes ao trabalho ou da proteção em face da automação, no direito do trabalho). A inconstitucionalidade que se enxerga apenas ao exame do caso concreto é o que se costuma denominar “inconstitucionalidade circunstancial” (GOES; MELLO, 2016, p. 122).

Se assim é no plano dos princípios, pois “a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles fazem com que não possa existir uma ‘ciência’ sobre sua articulação, mas apenas uma prudência na sua ponderação” (LAFER, 2005, p. 21), também assim sucede no plano das regras.

Para a hipótese, *verbi gratia*, de alguma condição de teletrabalho em que o empregador controle a jornada e a exija extenuante, a atrair assim a incidência do art. 7º, XVI da Constituição (que impõe a remuneração de horas suplementares com adicional de no mínimo 50%), não há, ao que parece, influência de uma

hipotética decisão que, em controle concentrado, afirme a convencionalidade ou constitucionalidade de lei que exclua do teletrabalhador, em abstrato, o direito fundamental de ter remuneradas as horas de trabalho excedentes do limite contratual, a pretexto de o teletrabalho não ser compatível com a limitação da jornada.

Se a antinomia se dá entre um princípio e uma regra (coetâneos), há a forte tendência de preferir-se a norma hierarquicamente superior¹⁰, o que é quase o mesmo de afirmar que os princípios têm preferência quando cotejados com as regras – dado que as normas de hierarquia superior são tendencialmente de textura aberta (contemplam, portanto e prioritariamente, princípios) e as leis normalmente veiculam normas descritivas de condutas (contemplam, prioritariamente, regras). Uma vez mais, a análise do caso concreto pode ser imprescindível à solução da antinomia que assim se apresente (princípio vs. regra), como decidiu o STF ao examinar, em análise delibatória para eventual concessão de liminar, a constitucionalidade da Medida Provisória n. 173/1990, norma que impedia fossem deferidas liminares para desbloqueio de ativos financeiros interditados por planos econômicos.

Nesse precedente do STF, o Ministro Paulo Brossard, relator, fez constar na ementa que o “indeferimento da suspensão liminar da MP 173 [...] não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar”. O primeiro a votar no sentido de remeter a matéria ao controle difuso de constitucionalidade foi o Ministro Sepúlveda Pertence, para quem:

[...] depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei [...] não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória.

O caso, a meu ver, faz eloquente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado. Mostrei as dificuldades que vejo na suspensão cautelar da eficácia da própria lei em tese. [...]

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que

10 Sobre tal possibilidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, ver: GUEDES, 2014.

precise de medida liminar em caso onde [...] a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional¹¹.

Mais recente é o enfrentamento pelo STF do espinhoso tema do direito ao esquecimento, definido pela Corte como “a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, ter-se-iam tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante”. Tal se deu no julgamento, em fevereiro de 2021, no âmbito do RE 1010606, do rumoroso “caso Aída Cúri” (este a versar sobre “ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça”).

Importante registrar que o STF, ao debruçar-se sobre o direito ao esquecimento, enfrentou a questão sensível acerca de ser ou não a proteção de dados pessoais um direito fundamental. Em seu voto condutor, o Ministro Dias Toffoli, relator para o caso, consignou: “A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, disciplina, de modo direto, a proteção da privacidade. Disciplina também, de modo reflexo, a privacidade nos incisos XI, XII, LVI, LX e LXXII do art. 5º, prevenindo, nesse último inciso, o remédio constitucional do habeas data. A meu ver, sob essa ordem normativa, a proteção de dados pessoais guarda caráter de direito fundamental”.

Ao final, o STF estabeleceu, com repercussão geral, a tese seguinte: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação sociais, analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os rela-

11 STF, ADIN n. 223-DF, Relator Ministro Paulo Brossard, transcrição de excertos das páginas 49 e 50 dos votos disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 1º/jun./2018. Na página 64, em meio a seu voto, também o Ministro Sidney Sanches enfatiza que aquele julgamento (pelo indeferimento da medida cautelar que, se concedida, impediria o bloqueio de ativos encetado pela MP 173/1990) não obstaría que o desbloqueio de depósitos bancários se desse por decisões liminares de juízes, em controle difuso de constitucionalidade.

tivos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

É certo que, em fevereiro de 2022, sobreveio a Emenda Constitucional n. 115 a incluir entre os direitos fundamentais explícitos, “nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Mas o STF, como visto, já havia categorizado a proteção de dados como um direito fundamental. *Causa finita?* Por certo que não, pois a Corte ressaltou “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação”, a serem analisados caso a caso. A exemplo de como procedera em outros julgamentos (como visto, na ADIN 223-DF), o STF ressaltou a “inconstitucionalidade circunstancial”.

As reformas nas leis trabalhistas, em 2017, foram engendradas com o claro propósito de transferir para o âmbito negocial os temas até então regulados por base legal que os impregnava de indisponibilidade jurídica. Sucede que essas novas leis devem ser aplicadas às mesmas relações de emprego de antes – agora com grau de complexidade que corresponde à multiplicidade das formas como se organiza e se realiza o trabalho na contemporaneidade – e também às relações laborais que emergem nos sulcos das plataformas digitais, em um contexto de economia colaborativa, trabalho integrado, treinamento e apropriação de habilidades intelectuais fora do tempo e do espaço convencionais (COELHO MOREIRA, 2016, p. 245). Como as novas leis trabalhistas não tratam de qualquer dessas mutações perceptíveis no ambiente laboral, revelam-se todas aparentemente assíncronas.

O conteúdo do contrato de trabalho é, normalmente, definido de acordo com o tipo de trabalho, de atividade econômica e de estrutura empresarial que a ele corresponderá. As velhas formas de organização do trabalho, as únicas que o legislador teve em mente, remetem a contratos de trabalho com conteúdo variado (aeronautas, bancários, professores e garis, por exemplo, são regidos todos pela mesma CLT), sendo a plasticidade da norma trabalhista uma sua necessária característica.

Nada obsta, portanto, que leis antigas, ao estabelecerem conceitos indeterminados (subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade) como parâmetros para a sua incidência, sejam aplicadas em todas as hipóteses nas quais o novo conteúdo do contrato de emprego, produto de ingentes avanços tecnológicos, enquadre-se em tal parametrização, modelável desde sempre para alcançar esse desiderato.

E, na medida em que se alarga potencialmente a incidência dos direitos sociais, mais importante se revelará a consciência de que a declaração em tese da constitucionalidade de uma lei haverá de ressalvar, por amor à prudência, os casos concretos nos quais a adoção dessa lei poderá contingencialmente vulnerar direitos humanos ou fundamentais com maior densidade e hierarquia.

A preeminência da dignidade haverá por certo de vigorar. A valorização do trabalho humano, com vistas a promover a existência digna, é mandamento convencional e constitucional que reclama efetividade, ainda que difusa seja a realidade sobre a qual pretende incidir. São essas as premissas que fazem mais pertinente o controle difuso de convencionalidade e de constitucionalidade, atribuído no Brasil a todas as instâncias judiciárias, no exame de validade ou eficácia de todas as normas de direito do trabalho.

Em princípio, o controle concentrado de constitucionalidade haveria de ser reservado às hipóteses em que a inconstitucionalidade é de clareza palmar, convido ao STF, que tem a competência intransferível de guardar a Constituição brasileira, ponderar, se assim lhe parecer, sobre a importância de consignar ressalva – como fez ao julgar a ADIN 223-DF, a ADI 4.068¹² e, há pouquíssimo tempo, o RE 1010606 – a possibilidade de se submeterem ao controle difuso de constitucionalidade os dispositivos da lei trabalhista que não tiverem razão para serem, desde logo, acoimados de inconstitucionais.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

Os valores éticos veiculados pelos princípios jurídicos encerram compromissos legitimamente assumidos, na seara política, com vistas à harmonização do tecido social. Não descrevem condutas, como fazem as regras, mas com estas compartilham a função normativa.

A atribuição de força normativa aos princípios se consolidou com as constituições que sobrevieram à segunda guerra mundial, quando a humanidade percebeu a importância de garantir a supremacia de valores éticos universais como modo de assegurar a paz.

Liberdade e igualdade são, porém, conceitos formais, sem conteúdo moral preconcebido. Da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948,

12 Trata-se do julgamento, pelo STF, da Lei n. 11.457/2007, que criou a Super-Receita, como notam Goes e Mello (*op. cit.*, p. 123).

extrai-se que a dimensão da igualdade, no âmbito dos direitos humanos, é, ontologicamente, a dimensão da dignidade. A dignidade da pessoa humana é a fonte de legitimidade para a intervenção estatal que inibe, topicamente, a autonomia privada, princípio regulador dos negócios jurídicos.

As normas de direito internacional e de direito constitucional, exatamente porque se revelam de textura aberta, fazem da hermenêutica jurídica um constante desafio, sem a acomodação intelectual proporcionada por regras de conduta que se encontram amiúde no direito nacional.

Ao legislador infraconstitucional e ao seu intérprete cabe agir em conformidade com esse padrão de eticidade inaugurado no plano das normas internacionais e endossado pelas cartas constitucionais. Esse mesmo legislador e seus exegetas não estão vocacionados, na direção oposta, a bloquear a trajetória inflexível, quiçá ascendente, de tutela da dignidade da pessoa humana.

O Estado do Bem-Estar Social, qual seja, aquele que se compatibiliza com a inserção dos direitos sociais e ambientais na lista dos direitos humanos e fundamentais, reveste-se de aspectos contingentes ou históricos que os fazem sempre postos à prova, exigindo, a todo tempo, a evidência de que são iminentes à existência digna, ou inerentes à condição humana.

O sistema jurídico, em boa parte do ocidente, não está tensionado apenas na região dos direitos sociais. Mas é sob esse panorama crítico para todos os direitos humanos que os direitos sociais sofrem, talvez com maior intensidade, onda de desregulação que não produz efeitos econômicos proveitosos e, o mais das vezes, devolve a relação de trabalho ao estágio normativo em que estava há um século.

Exaurida a função legislativa, a sindicância de validade da reforma trabalhista transfere-se para o Poder Judiciário. A propósito, nem sempre o controle de constitucionalidade se realiza, com maior proveito, pelo modo concentrado. Há casos de “inconstitucionalidade circunstancial” nos quais a violação de algum princípio convencional ou constitucional é perceptível somente ao exame do caso concreto, resultando infrutífera a declaração de convencionalidade ou constitucionalidade da norma em abstrato.

Em princípio, o controle concentrado de constitucionalidade deverá ser reservado às hipóteses em que a inconstitucionalidade for de clareza palmar, convido ao STF, que tem a competência intransferível de guardar a Constituição brasileira, ponderar, se assim lhe parecer, sobre a importância de ressaltar, como fez ao julgar a ADIN 223-DF, a ADI 4.068 e, como visto, o RE 1010606,

a possibilidade de se submeterem ao controle difuso de constitucionalidade os dispositivos da lei trabalhista que não tiverem por que serem, desde logo, acoimados de inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ATKINSON, Anthony B. **Desigualdade: o que pode ser feito?** Trad. Elisa Câmara. São Paulo: LeYa, 2015.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO NETO, Theobaldo Eloy de. **O trabalho intermitente e sua utilização socialmente responsável no âmbito empresarial privado**. Dissertação de mestrado a ser disponibilizada no sítio virtual do Centro Universitário IESB (www.iesb.br), 2020.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Rezende. **Desafio do direito do trabalho é limitar o poder do empregador-nuvem**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-16/desafio-direito-trabalho-limitar-poder-empregador-nuvem>. Acesso em: 1º jun. 2018.

COELHO MOREIRA, Teresa. "Algumas questões sobre trabalho 4.0". In: **Prontuário de Direito do Trabalho II**, p. 245-264, 2016. Centro de Estudos Judiciários (Portugal).

FERGUSON, Niall. **Civilização: ocidente x oriente**. Trad. Janaína Marcoantonio. São Paulo: Planeta, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia**. Trad. para o espanhol de Andrea Greppi. Tradução livre para o português. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Trad. al español de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

GOES, Guilherme Sandoval. MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GUEDES, Néviton. Constituição e poder: uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **CONJUR**, 19/ago./2014. Disponível em: <http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/113.htm>. Acesso em: 1º jun. 2018.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003. Disponível em: <https://archive.org/stream/KANTI.AMetafisicaDosCostumes/KANT%2C%20I.%20A%20metafisica%20dos%20costumes#page/n33/mode/2up>.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. para o espanhol de Fernando Vallespín. Tradução livre para o português. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther. El discurso de los derechos humanos en perspectiva histórica. El síndrome de la torre de Babel. **VV.AAA**. Coordenação de María de la Paz Pando Ballesteros *et al.* Madrid: Catarata, 2016.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Livro eletrônico, paginação por capítulo.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad**. Madrid: Editorial Dikinson, 2007. Livro eletrônico, paginação irregular.

SOUZA, Carlos Fernandes Mathias de. O direito tributário e os princípios gerais de direito. **Revista Justiça e Cidadania**, 2001. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/o-direito-tributario-e-os-principios-gerais-de-direito/>. Acesso em: 1/jun/2018.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2012. Livro eletrônico, paginação irregular SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Companhia do Bolso, 2010. Livro eletrônico

VIEIRA, Vanderson Roberto. As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no Estado Social Democrático de Direito. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 37, fev 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1691. Acesso em: jun./2018.

A INCLUSÃO DE MINORIAS POR MEIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Alexandre Agra Belmonte

O autor é ministro do TST, doutor em Justiça e sociedade, mestre em direito das relações sociais, especialista em direito privado aprofundado, presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, dr. honoris causa da Universidade Santa Úrsula, professor do programa de pós-graduação stricto sensu do IESB.

INTRODUÇÃO

O que têm em comum as pretensões de usar barba por motivo religioso num restaurante que não admite a prática por questões de higiene; uma mulher usar véu islâmico no trabalho ou ali um trabalhador muçulmano ter pausas durante a jornada para rezar; o judeu, o adventista do sétimo dia e o muçulmano folgarem no dia correspondente às suas crenças numa instituição em que o descanso semanal ocorre apenas aos domingos; o deficiente físico poder lavar a marmita na copa, como os demais trabalhadores, e não somente no banheiro, único lugar onde a altura da pia permite a prática?

Assim como ocorre na sociedade, o ambiente de trabalho é plural, porque reúne pessoas com crenças, hábitos, tradições e ideologias as mais diversas.

Em que pese a sociedade orientar-se conforme um padrão em que a maioria se encaixa ou, se anulando ou se desvalorizando, procura se encaixar, não atender ou não procurar meios de satisfação aos anseios e até mesmo possibilidades de atuação das chamadas minorias, pode significar tratamento diferenciado a trabalhadores que têm pensamentos, crenças, opiniões, aspirações ou mesmo necessidades inclusive físicas peculiares.

O dilema a ser enfrentado é, portanto, o fato de que atender a diferenças de minorias pode significar uma alteração, por vezes significativa, na forma de estruturar o próprio empreendimento. Em outras palavras, isso parece colocar em xeque o poder diretivo do empregador, a quem cabe organizar por conta própria a atividade, estabelecer a disciplina de conduta ambiental e o serviço a ser feito, o *modus faciendi*, fiscalizar o cumprimento e penalizar o descumprimento. Mas, por outro lado, não atender também parece colocar em xeque o exercício de direitos fundamentais, garantidos pela Constituição.

O desafio na resolução do dilema é encontrar o ponto ótimo entre interesses tão distintos, ou seja, uma acomodação que permita a satisfação simultânea.

Estará a sociedade preparada para encontrar regras de convivência que superem, de lado a lado, as diferenças ou ainda, em muitos casos, o preconceito e o estigma que podem levar à intolerância e à discriminação em relação aos trabalhadores que não se encaixam num padrão de comum aceitação?

Em casos como os inicialmente relatados, a ponderação pós-comparativa de interesses contrapostos, geralmente utilizada para estabelecimento de proporcionalidade germânica inibitória de um dos interesses em jogo para o outro sobressair, naturalmente inibe um deles, o que, em situações como as

descritas, não resolve o dilema de permitir a minorias o exercício de direitos fundamentais.

No entanto, a Teoria do Impacto Desproporcional, oriunda do sistema anglo-saxão calcado na razoabilidade, ou seja, na equidade, e que vem sendo utilizada para resolver situações relacionadas à religião ou deficiência física, pode se revelar mais adequada à resolução de situações como as de início mencionadas.¹³

Pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Fundado no princípio da adaptação ou acomodação razoável, passou a integrar a Constituição brasileira, como equivalente às emendas constitucionais, nos termos do art.5º, § 3º, CRFB/88¹⁴.

Indo além, consideramos plenamente viável a utilização da Teoria da Adaptação Razoável como a apta a acomodar múltiplos interesses, permitindo ao empregador, sem abrir mão do seu poder diretivo contido no direito fundamental ao exercício da livre iniciativa, por meio da assunção de um ônus razoável, possibilitar que o trabalhador possa exercer um direito que sem essa adaptação na organização da empresa, lhe seria impossível usufruir.

Essa forma de proceder é, sobretudo, democrática. E, além de inclusiva, concretiza o bem comum e a paz social nas relações de trabalho e, portanto, de forma macro, nas comunidades onde inseridos os diversos empreendimentos que experimentam as mesmas questões.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inspirada na Revolução Americana de 1776 e nas ideias iluministas, em meio à Revolução Francesa, foi editada em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos

13 Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas. (GOMES, 2001, p. 24).

14 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵. Ela proclamou as liberdades e os direitos fundamentais do homem, estabelecendo, no art. 1º, que eles são livres e iguais em direitos.

Portanto, os direitos fundamentais podem, numa primeira abordagem, ser agrupados em três dimensões distintas. Essas dimensões seguem os postulados da Revolução Francesa de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade).

Os direitos de primeira dimensão, nascidos no Estado Liberal, decorrem da reação aos excessos do absolutismo, com inspiração no liberalismo político e no individualismo jurídico. Trata-se de dimensão de direitos baseada na defesa ou proteção contra as intervenções coativas estatais na esfera jurídica privada, e na igualdade. São os direitos civis ou pessoais (direitos e garantias individuais) e os direitos políticos (liberdades públicas), caracterizando, no conjunto, os direitos humanos.

São, portanto, direitos humanos os direitos básicos, inatos e universais de proteção ou defesa da liberdade e igualdade, inerentes à pessoa humana. Destinam-se a resguardar a integridade física, moral e psicológica da pessoa perante seus semelhantes e o Estado, garantindo-lhe a dignidade e o bem estar social, sem discriminação de qualquer espécie. Tais direitos, fundamentais por natureza, são, basicamente, aqueles previstos no art. 5º, da CF e os incorporados ao ordenamento por força de tratados internacionais aprovados pelo Brasil.

Direitos humanos e direitos fundamentais, contudo, não se confundem. Os direitos humanos são, por natureza, fundamentais, mas a abrangência destes é maior.

Direitos fundamentais são os direitos essenciais positivados na esfera da ordem constitucional de determinado Estado, assegurados por um conjunto de princípios e regras de enunciação e de garantias, que lhes confere um regime jurídico diferenciado de imediata observância e concretização.

Direitos humanos, por sua vez, são os direitos inatos e assim naturalmente indispensáveis e inalienáveis em relação a qualquer ser humano, integrando a moral jurídica universal. “A vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque

15 Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>. Acesso em: 4 jan. 2022.

se está diante de exigências de respeito à dignidade humana exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.”¹⁶

Direitos humanos e direitos fundamentais também podem ser diferenciados com base no critério da titularidade: direitos humanos têm sempre como titular a pessoa natural, mas os direitos fundamentais podem ser atribuídos também a pessoas jurídicas e sujeitos de direitos que não integram a espécie humana. As pessoas jurídicas têm direito fundamental à livre iniciativa, ao nome, ao devido processo legal e à imagem, por exemplo.

Compreendemos assim como direitos fundamentais os positivados na ordem constitucional, conforme o momento histórico, político, cultural e social, para garantir integral defesa e realização material e espiritual do homem, individual e coletivamente. A garantia do FGTS é direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988 e não o é em outras constituições de épocas anteriores. Também não é direito de reconhecimento internacional, como ocorre com os direitos humanos, embora fundamental na referida Carta Magna.

Enfim, os direitos humanos são fundamentais, mas nem todo direito fundamental é direito humano em sentido estrito. O trabalhador tem, além dos direitos humanos previstos no art. 5º da CF (liberdade de trabalho, vedação à escravidão), os direitos fundamentais inseridos nos artigos 7º a 11, da Constituição Federal de 1988. E as pessoas jurídicas podem ser detentoras de direitos fundamentais, a exemplo do nome, da imagem, da livre iniciativa, da recuperação econômica e do segredo empresarial.

Entendemos como direitos fundamentais, na dimensão *juslaborativa*, as prerrogativas de que os trabalhadores necessitam, no relacionamento com o Estado e nas relações privadas de trabalho, para lhes assegurar uma existência livre, igualitária, fraterna e socialmente justa e lhes oportunizar o alcance da realização material e espiritual.

Os direitos de segunda dimensão dão prosseguimento ao processo de afirmação dos direitos do homem. Situados em momento histórico a partir de 1917 (Revolução russa e Carta Mexicana, Carta de Weimar – 1919, Grande Depressão 1929), caracterizam-se pela busca da igualdade material ou real que visou minorar os desajustes sociais decorrentes do liberalismo. São, pois, os direitos sociais. Eles foram implementados pelo interventor Estado Social, visando a pacificação dos conflitos derivados da Questão Social.

16 COMPARATO, 2008, p. 227.

Esses direitos compreendem aqueles em que o homem é partícipe de coletividades, assim os direitos sociais, econômicos e culturais. Entre os sociais, destacam-se educação, saúde, moradia, segurança, lazer, trabalho, segurança, previdência social, proteção à maternidade, aos desempregados e à infância.

Como tais direitos requerem disponibilidade orçamentária, investimentos e programas governamentais visando melhor distribuição de renda, diminuição dos abismos sociais, assistência social e incentivos à busca do pleno emprego para o alcance de uma vida digna, isso exige a cobrança por uma atuação do Estado em prol da respectiva concretização e progressão. Daí porque esses direitos têm conteúdo prestacional, de natureza positiva, de postura promocional ativa do Estado.

Os direitos de terceira dimensão coincidem com o surgimento de novo modelo de Estado, não um estado interventor, mas sim promotor, que requer a participação da sociedade, que é o Estado Democrático de Direito, decorrente de uma série de fatores iniciados nos anos 1970: a crise do petróleo, o esvaziamento do Estado, a globalização, o colapso do comunismo e a extinção do modelo bipolar. Correspondem aos direitos metaindividuais de fraternidade ou solidariedade. Decorrem do avanço da tecnologia e do surgimento das sociedades de massa. São os direitos coletivos e difusos, como os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de comunicação, de defesa do consumidor e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação.

O fato dos direitos fundamentais constituírem garantias do cidadão contra o Estado, não significa que também não devam ser proporcionalmente observados em suas relações particulares.

A respeito, observa Daniel Sarmiento que “reconhece a doutrina contemporânea a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque este constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva”¹⁷.

Daí decorre que já não mais satisfaz ao homem e às coletividades em que agrupados, a postura estatal passiva, de se abster de violar os direitos fundamentais. É preciso que os Poderes Públicos os protejam contra as agressões e

17 SARMENTO, 2006, p.107.

ameaças provindas de terceiros, assim transcendendo o domínio das relações entre cidadão, para expandir a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito das relações privadas.

Enfim, se os direitos fundamentais norteiam as ações e limitam a ingerência do Estado nas relações com os cidadãos, devem igualmente repercutir nas relações entre particulares, de forma a limitar os abusos que possam afrontar a eficácia das garantias estabelecidas na Constituição. Assim é que se os cidadãos têm direito à saúde, à integridade física e à vida, o empregador, na relação de trabalho estabelecida com o empregado, precisa prevenir o ambiente de trabalho contra os riscos da insalubridade e insegurança, respondendo inclusive pelas doenças profissionais e acidentes típicos do trabalho causados em decorrência da prestação de serviços.

Bonavides e outros doutrinadores defendem a existência dos direitos de quarta dimensão¹⁸. Em sua visão vanguardista seriam os direitos decorrentes da globalização política, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo.

E há doutrinadores que vão além, ao defenderem a existência de uma quinta dimensão: direito à paz, decorrente do terrorismo; e da intolerância de crença e costumes (Raquel Honesko)¹⁹.

2. ANTINOMIA OU COLISÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. REPERCUSSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, MORMENTE NAS DE PODER

Na aplicação ao caso concreto, pode ocorrer antinomia ou aparente colisão de princípios e direitos constitucionais, diante do confronto de interesses contrapostos, ambos justificados pelo exercício de direitos fundamentais. Nesta hipótese, incide o caráter interpretativo dos princípios, a exemplo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem ser utilizados na busca da harmonização ou da identificação do direito fundamental capaz de realizar, nas circunstâncias, os objetivos da Constituição.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 enuncia direitos fundamentais e princípios que no caso concreto podem entrar em aparente choque, mormente diante de normas polissêmicas. Essa antinomia de normas constitucionais pode

18 BONAVIDES, 2006, p. 563.

19 HONESKO, 2008, p. 195-197.

ocorrer entre princípios constitucionais, entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

Quer diante de normas polissêmicas, que geram várias significações, para se interpretá-las visando a que garanta maior eficácia e ao mesmo tempo se evite o sacrifício total de um bem jurídico em relação a outros; quer diante do aparente choque entre princípios, direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, é preciso, por um lado, fazer-se ponderação, segundo critérios de peso e importância, para o alcance da melhor proporção entre os meios utilizados e os fins perseguidos e, por outro, mediante utilização de critérios de equidade, encontrar-se solução razoável, numa justa medida de adequação.

A finalidade dos direitos fundamentais é assegurar que a pessoa seja tratada de forma digna perante o Estado e, em repercussão horizontal, também nas relações privadas, mormente quando um dos atores na relação jurídica é detentor de um poder que o outro não possui. Caso, por exemplo, do empregador, que por possuir os poderes organizacional do empreendimento; diretivo e fiscalizatório da prestação de serviços e punitivo de conduta laboral, é naturalmente inibitório do exercício pleno dos direitos fundamentais plenos do trabalhador.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Quando se diz que a Constituição de 88 colocou a pessoa humana no centro das relações jurídicas, é porque, nos termos do inciso III do art.1º, a república Federativa do Brasil, consubstanciada em Estado Democrático de Direito, tem como um de seus fundamentos a **dignidade da pessoa humana**. Toda a normatividade contida na Constituição está voltada a assegurar esse valor social, porque só assim o indivíduo pode vir a ostentar a condição de ser integral, capaz de se realizar material e espiritualmente.

Não bastasse, enuncia o art.170, da Constituição Federal, que a ordem econômica tem limites e um deles é de natureza moral. Daí a garantia constitucional de que a livre iniciativa deve atuar de forma a assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da justiça social.

A dignidade da pessoa humana consiste no respeito às qualidades essenciais que caracterizam a sua integral existência. Uma existência digna é a que permite à pessoa humana, sem discriminação e com preservação dos atributos que compõem a sua integridade física, moral e intelectual, uma atuação indi-

vidual dotada de vontade livre, de modo a permitir o desenvolvimento da sua autonomia espiritual, bem como um tratamento igualitário, justo e solidário, que lhe permita uma real participação social capaz de influir no próprio destino e no da sociedade em que vive.

A dignidade deve, portanto, considerar o sujeito: a) em seu aspecto moral, ou seja, em igualdade de condições perante os demais, sem discriminação de qualquer espécie e pleno acesso aos bens e oportunidades; b) em sua integridade psicofísica, de maneira que preserve os direitos da personalidade; c) no respeito à sua liberdade, de forma a permitir a autodeterminação de escolhas individuais; e, d) em sua consideração como parte do grupo social que integra, a exigir o respeito a um tratamento justo e solidário, que lhe garanta a igualdade substancial.

O respeito à legislação trabalhista e à pessoa do trabalhador é condição para o desenvolvimento sustentável da sociedade e para o cumprimento dos objetivos fundamentais do estado democrático constitucional brasileiro, constantes do art. 3º da Lei Maior – bem como para a observância dos princípios fundamentais da República, em especial o respeito aos valores sociais do trabalho e à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III e IV).

Para Daniel Sarmiento, a dignidade da pessoa humana é:

[...] o princípio mais relevante de nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-se na pessoa humana, que passa a ser concebida como “valor-fonte fundamental de Direito”. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de “direito justo”.

Para Arion Sayão Romita, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a pedra filosofal dos direitos fundamentais. Não constitui um direito fundamental: é o valor que possui a maravilhosa propriedade de dar nascimento aos direitos fundamentais e de lhes atribuir sentido.

A dignidade da pessoa humana é, assim, o fundamento último dos direitos humanos, podendo ser compreendidos os direitos fundamentais como manifestações da dignidade da pessoa humana. Quando houver violação de direito fundamental, seja a qual for a família ou dimensão a que esse direito pertença, haverá, por conseguinte ofensa à dignidade da pessoa humana.

4. DISCRIMINAÇÃO

Neste ponto do estudo, dirigimo-nos de forma mais concreta ao objetivo de encontrar aplicações para a teoria da adaptação razoável na resolução de certos conflitos entre direitos fundamentais e para os quais os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (este na sua concepção original) não teriam aplicação adequada.

Já foi dito acima, o contrato de trabalho é, por natureza, inibitório de direitos fundamentais, a partir do momento em que, diante da subordinação jurídica e da pessoalidade que o caracteriza, boa parcela de autonomia se esvai, tornando-o hipossuficiente. Some-se a esse aspecto o fato de o trabalhador ser estrangeiro, islâmico, do sexo feminino, negra, homossexual e deficiente física. Ou contar com pelo menos alguma ou algumas dessas características.

Seria um contrassenso o trabalhador ser, como cidadão, um ser integral igual aos demais e dotado de liberdade, mas não sê-lo no ambiente de trabalho, onde lhe seriam negados direitos como as liberdades de crença e expressão, de orientação sexual, de igualdade de gênero e, dependendo de sua capacidade física, de mobilidade e adaptação para o acesso ao trabalho. Daí a garantia dos direitos fundamentais assegurados por atitudes prestacionais do Estado, destinados, por exemplo, a possibilitar aos deficientes físicos aceder ao mercado de trabalho ou a dar igualdade de tratamento em relação aos demais aspectos. Mas, ainda assim, um sem número de situações, inclusive em relação aos deficientes físicos, não encontra abrigo expresso, exigindo interpretação e concretização sob a ótica da superação à discriminação indireta ou silenciosa.

A OIT foi criada pelo Tratado de Paz assinado em Versalhes, em junho de 1919. A OIT é a agência mais antiga do Sistema das Nações Unidas. Foi constituída com o objetivo de definir e promover políticas sociais em nível internacional, numa fase marcada pela revolução industrial.

Em 2 de maio de 1944, a Conferência Internacional do Trabalho, por meio da Assembleia-Geral da Organização, reunida em Filadélfia, nos Estados Unidos da América, aprovou declaração relativa aos fins e objetivos da OIT, conhecida pela Declaração de Filadélfia. Ela reafirma os princípios orientadores da OIT, inspiradora da política a ser adotado pelos países membros e que são os seguintes:

- o trabalho não é uma mercadoria;
- a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;

- a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; e
- todos os seres humanos, qualquer que seja a sua raça, a sua crença ou o seu sexo, têm direito de efetuar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com oportunidades iguais.

Por meio do Decreto Legislativo n. 24, de 1956, o Congresso Nacional aprovou a Convenção n. 100, OIT, vindo a ser promulgada pela Presidência da República por meio do Decreto n. 41.721 em 25 de junho de 1957. Adotada pela Conferência em sua Trigésima Quarta Sessão, em Genebra, a 29 de junho 1951, ela prevê a igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor.

A Convenção n. 111, OIT, adotada pelos países membros em Genebra, em 25 de Junho de 1958, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964 e promulgada pela Presidência da República pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

A referida Convenção repudia qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu preâmbulo, demonstra destinar-se a assegurar, entre outros valores, “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O direito fundamental à igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, CF, determina que:

[...] 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: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A conjugação do art. 5º, *caput*, e inciso I com o art. 3º, IV, leva ao princípio da isonomia, quer na vertente da igualdade, quer na da não discriminação.

O princípio da não discriminação atua tanto na preservação do direito à diferença, como na eliminação de tratamento injustificadamente diferenciado.

Em termos de igualdade, a Constituição Federal não está se referindo à igualdade formal proposta pelo Estado Liberal, limitada à utilização de critério

uniforme de tratamento, mas à igualdade do modelo de Estado Social, recepcionada e desenvolvida pelo Estado Democrático de Direito, em que a intervenção estatal, por meio de medidas positivas coercitivas ou incentivatórias, prevê meios destinados ao tratamento das desigualdades com igual valor, na busca da igualdade material e que, no modelo de Estado Democrático de Direito, atua de forma a garantir a dignidade da pessoa humana.

A respeito, observa Uriarte:

[...] a igualdade que orienta o Direito laboral não é a igualdade formal e abstrata do liberalismo, segundo a qual “todos são iguais perante a lei” – uma lei cega que não distingue entre pobres e ricos, entre poderosos e débeis, entre possuidores e despossuídos – senão a igualdade real ou material, que intenta corrigir aquelas diferenças.²⁰

Mas a Constituição vai além e veda a discriminação, ao determinar, no art. 3º, inciso IV, que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação (como nacionalidade, naturalidade, orientação sexual, opção política, religiosa, ideologia etc.).

Discriminação, portanto, pode ser definida como a conduta atentatória e injustificada da igualdade de oportunidades ou de tratamento, destinada a distinguir pessoas ou grupos com base em preconceito, estigma ou outro meio de desqualificação.

Para Uriarte,

O princípio da igualdade é o maior, que inclui o de não discriminação. Este é um derivado daquele, uma concreção, efeito ou reflexo da igualdade [...] um instrumento da igualdade [...] a igualdade opera verticalmente (reduzindo a diferença entre capital e trabalho), enquanto a não discriminação opera horizontalmente, procurando que não se prejudique (ainda mais) aos trabalhadores mais débeis ou expostos.²¹

De forma prática, como corolário do princípio da isonomia, não se admite a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (art.7º, XXXII, CF); a mesma Constituição Federal atribui igualdade de direitos entre o trabalhador

20 URIARTE, 2011.

21 Ob. citada, Prefácio, XV.

com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV); a todo trabalho de igual valor corresponderá o mesmo salário (art. 461, da CLT); o art.3º, parágrafo único, CLT, veda distinções à espécie de emprego, condição do trabalhador e ao trabalho intelectual, técnico e manual; os arts. 460 e 461, CLT, dispõem, respectivamente, sobre salário equitativo e equiparação salarial sem distinção de qualquer natureza, ressalvadas as hipóteses justificadas por lei e quadro de carreira; e, o art. 12, a, da Lei n. 6.019/1974, determina a isonomia remuneratória do trabalhador temporário aos trabalhadores efetivos do tomador.

Já o tratamento diferenciado por motivo de gênero, raça, etnia, cor, religião, idade, naturalidade, nacionalidade, orientação sexual ou política, origem social, deficiência física ou qualquer outro parâmetro desqualificante da pessoa, decorre de ofensa ao princípio da não discriminação. A título de exemplo, o artigo 7º, XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), XXXI, da CF (proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência) e a Lei n. 9.029/1995 (que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências) vedam especificamente essa espécie de discriminação como impeditivo ao tratamento igualitário. Os concursos públicos são democráticos porque permitem o acesso sem qualquer tipo de discriminação e de forma positiva ainda facilitam, contornando os obstáculos, que a eles concorram deficientes físicos.

5. TIPOS DE DISCRIMINAÇÃO

Ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece a punição por qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou estabelece a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI), dá competência concorrente à União, aos estados e ao Distrito Federal para legislar sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV) e estabelece reserva, por lei, de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII). Assim, a não discriminação pode se apresentar de forma negativa, com base na proibição

de tratamento injustificadamente diferenciado, ou de forma positiva, em que o Estado, de forma prestacional, age para possibilitar o tratamento sem discriminação.

Para Sidney Madrugá,

[...] o caráter negativo traduz-se na vedação da discriminação, que em determinadas circunstâncias poderia gerar desigualdades indesejáveis. É o caso da igualdade de direitos entre homens e mulheres; [...] a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalhador “portador de deficiência”, entre outros²².

Já o caráter positivo decorre do princípio da igualdade material estabelecido na Constituição. “O texto constitucional discrimina positivamente, para promover a igualdade de oportunidades e afastar os fatores de desigualdades entre os menos protegidos: [...] na reserva percentual de cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiência²³.

As políticas afirmativas decorrem do caráter positivo da discriminação, para concretizar a igualdade de oportunidades ou que todos possam exercer os seus direitos fundamentais. Em relação às chamadas minorias, é o meio adequado a compensar discriminações culturalmente arraigada, como forma de desmistificar os preconceitos sociais e investir numa consciência coletiva plural e heterogênea. Também chamadas de políticas de reconhecimento fundadas na constatação de que a igualdade de tratamento muitas vezes não se mostra capaz de materializar a isonomia *in concreto*, objetivam assim corrigir desigualdades sociais em relação a grupos historicamente estigmatizados pela sociedade e pelo Estado.

Chega-se à conclusão de que o princípio da isonomia tem por fim estabelecer igualações e desigualações para que todos possam exercer os seus direitos fundamentais e assim garantir a dignidade ou bem-estar de todos. É deveras angustiante se sentir humilhado, angustiado, injustiçado, estigmatizado ou escanteado por não ser tratado de forma igual ou não poder ter acesso às mesmas oportunidades dos demais em razão de uma característica física, territorial, intelectual ou espiritual.

22 MADRUGA, 2016, p. 99-100.

23 MADRUGA, *op. cit.*, p. 100.

Mas há outro aspecto que deve ser considerado em se tratando de discriminação. Ela pode se revelar de forma direta e indireta. Direta, quando o comportamento alheio contém em si o animus de tratar a pessoa de forma desqualificante, em função de uma característica individual ou de grupo. Nesse caso, o comportamento ilícito é intencional, cabendo à vítima, exceto nas hipóteses em que, pelas circunstâncias, leva-se à presunção do tratamento diferenciado, o ônus de comprovar o ato discriminatório praticado. É o caso de preterir uma promoção à pessoa mais qualificada para o cargo, pela condição de gênero, religião ou orientação sexual.

Cabem, no entanto, observar que há casos em que o não aproveitamento é justificado, a exemplo da não contratação de uma mulher para integrar a equipe masculina de futebol.

Já na forma indireta ou invisível, a diferença de tratamento, intencional ou não, surge de maneira dissimulada, com efeitos advindos de práticas aparentemente neutras, mas que resultam em discriminação.

O direito estadunidense, que primeiro identificou essa vertente da discriminação, a denominou de Teoria do Impacto Desproporcional, consubstanciada em desigualdade não oriunda de atos concretos ou manifestação expressa e direta, mas de práticas administrativas, empresariais ou políticas públicas, aparentemente neutras e prospectivas, mas que revelam nos resultados grande potencial discriminatório. Revela-se muito comum em planos de cargos e salários que terminam por privilegiar certos grupos em detrimento de outros.

6. ORIGEM DO PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

O movimento dos direitos civis nos EUA esteve inicialmente focado no enfrentamento da segregação racial que atingiu os negros estadunidenses.

Todavia, como consequência natural de um país de imigrantes, que reúne grupos e pessoas com diferentes ideologias, convicções, costumes e tradições diversas, outras camadas da população também viam-se fragilizadas na igualdade de tratamento.

Assim, não é de se admirar que desde 1962 os estadunidenses já utilizassem a teoria da adaptação razoável em julgados, embora inicialmente na busca da adequação de interesses de grupos religiosos minoritários marginalizados frente à predominância da proteção à religião das majorias nos procedimentos estatais, sociais e empresariais.

Em 2 de julho de 1964, o Congresso americano promulgou lei federal proibindo a segregação por motivos de raça, religião ou nacionalidade em todos os locais públicos, incluindo tribunais, parques, restaurantes, teatros, estádios esportivos e hotéis. E também proibiu a discriminação de raça, religião, nacionalidade e gênero por empregadores e sindicatos, criando Comissão de Oportunidades Iguais de Trabalho com o poder de abrir processos em nome dos trabalhadores lesados (Título VII da Lei dos Direitos Cívicos – *Civil Rights Act*)²⁴.

O estatuto estadunidense proibiu o tratamento desigual, incluindo ações de retaliação, hostilidades nos ambientes de trabalho e recusa do empregador a fazer ajustes para acomodar os interesses decorrentes das crenças religiosas de seus empregados nas empresas que contassem com um número mínimo de 15 empregados, desde que, conforme diretrizes editadas pela Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (*United States Equal Employment Opportunity Commission – EEOC*), criada pelo *Civil Rights Act*, tal não resultasse em grave inconveniente (*serious inconvenience*) para o normal funcionamento do negócio patronal.

Em 1972, por meio do *Equal Employment Opportunity Act*, verificou-se o primeiro registro legislativo da teoria denominada *The Duty of Reasonable Accommodation* (ou dever da acomodação ou adaptação razoável). Teve como finalidade inibir as constantes discriminações religiosas no ambiente laboral e atribuiu ao empregador o dever de respeito à religião do empregado, com a acomodação que se faz necessária para o ajuste entre a atividade laboral do empregado e o exercício do seu credo, nas circunstâncias em que tal não acarrete sério inconveniente para o empregador.

Vê-se que o prejuízo excessivo foi inicialmente utilizado como expressão obstativa pela Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego como um grave inconveniente, mas em seguida tornou-se necessária a sua substituição pelo termo *hardship* ou encargo excessivo, que tem mais concretude do que a subjetividade de um grave inconveniente.

Também na língua pátria ocorreria o mesmo problema de compreensão terminológica. Há profunda diferença entre sério inconveniente, pela subjetividade; sério prejuízo, pela concepção puramente financeira; e encargo excessivo,

24 Civil Rights Acts of 1964. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/civil-rights-act#:~:text=The%20Civil%20Rights%20Act%20of%201964%2C%20which%20ended%20segregation%20in,of%20the%20civil%20rights%20movement>. Acesso em: 12 mar. 2021.

de conceito ao mesmo tempo concreto e mais aberto, a revelar incontornável ônus sob o aspecto administrativo ou financeiro na dinâmica empresarial.

A partir de 1972 a jurisprudência estadunidense passou a exigir do trabalhador a prova da sinceridade de suas crenças (*bona fide religious practice*) e de que, embora feita a comunicação ao empregador, tenha passado, em consequência, a sofrer discriminação empresarial. E do empregador, a comprovação de que tenha tentado acomodar as necessidades religiosas do trabalhador ou que o ajuste pretendido (acomodação) o submeteria a um encargo excessivo para tocar o seu negócio.

Ao longo do tempo, vários julgados envolveram a acomodação ou adaptação razoável na proteção ao direito das minorias religiosas. Como exemplo, o *Wisconsin X Yoder*, de 1972²⁵, em que o direito das famílias da comunidade religiosa Amish de não permitir que seus filhos estudassem em escolas, sendo educados por suas famílias, na manutenção da tradição, foi reconhecido pela Suprema Corte. Cita-se ainda o caso *Sherbert X Verner*, de 1963²⁶. A Corte decidiu pela acomodação razoável de um empregado, que reivindicava não trabalhar aos sábados em razão da sua religião.

Como as possibilidades físicas e intelectuais das pessoas com deficiência são diferentes, mas podem ser produtivas diante de oportunidades inclusivas de acesso ou se adotadas certas adaptações em ambientes públicos e empresariais, em 1990 os Estados Unidos ampliaram a aplicação da teoria da adaptação razoável por meio da promulgação da lei *Americans with Disabilities Act (ADA)*, de natureza trabalhista, para estendê-la aos portadores de deficiência contra a discriminação injustificada nas empresas, e de forma explícita utilizando as expressões acomodação razoável e encargo excessivo.

O *Americans with Disabilities Act* remete ao Pacto de Direitos Civis de 1964, que tornou a discriminação baseada na raça, religião, sexo, origem nacional e outras características estigmatizantes ou preconceituosas e ainda exige que dos empregadores instalações condizentes para trabalhadores com deficiências e observância de requisitos de acessibilidade em acomodações públicas.

25 US Supreme Court. *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

26 US Supreme Court. *Sherbert vs. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/398/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

A teoria da adaptação razoável adquiriu visibilidade universal a partir de sua adoção pela Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) em 2006, na ONU, passando assim a ficar vinculada aos direitos humanos, na proteção dos direitos das minorias.

O Brasil adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU em 30 de março de 2007, em Nova Iorque. O Decreto Legislativo n. 186/2008 aprovou, nas duas Casas do Congresso Nacional, a Convenção e seu Protocolo Adicional com o quorum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF e pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, foram ambas promulgadas pela Presidência da República.

7. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Conforme art.1º, o propósito da Convenção ratificada pelo Brasil,

[...] é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Em complementação, o dispositivo define que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Conforme art. 3º da Convenção, a não discriminação; a concretização da inclusão e participação ativa na sociedade; o respeito pela diferença em relação aos não deficientes e sua aceitação; a promoção da igualdade efetiva de oportunidades; e a acessibilidade compensatória das deficiências físicas são, entre outros, os princípios que orientam a promoção de ações e políticas públicas, destinadas a garantir a concretização dos objetivos da Convenção.

No artigo 5º, ao tratar da igualdade e não discriminação, estabelece no item 3 que para a promoção da igualdade e eliminação da discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. E no artigo 2º define que:

Adaptação razoável significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A Lei n. 13.146, de 2016 (Lei Brasileira de Inclusão), em texto similar dispõe, *verbis*:

Art. 3º. Para fins de aplicação desta lei, consideram-se:

[...]

VI – adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais.

Nas relações de trabalho, podemos definir como adaptação ou acomodação razoável em relação aos deficientes físicos, o dever de utilização dos meios, instrumentos, práticas e regras indispensáveis ao ajuste do ambiente de trabalho para assegurar igualdade condições e de oportunidades para que as pessoas com deficiência possam exercer os direitos e liberdades fundamentais.

Esse ajuste ou adaptação do ambiente deve considerar as necessidades de cada pessoa com deficiência, de maneira que torne possível excepcionar ou flexibilizar regras e práticas gerais que evitem estigma, humilhação, constrangimento e segregação.

8. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Nos termos do § 1º do art. 5º, da Constituição Federal brasileira, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O § 2º do art. 5º dispõe que os direitos e as garantias expressos na referida 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.

Contudo, o artigo 5º da *Lex Fundamentalis* não definiu o *status* ou grau normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos fundamentais,

humanos ou não, aprovados pelo Brasil no plano externo e finalmente ratificados para adoção no plano interno. Daí que o entendimento era o de que os tratados sobre direitos humanos eram equiparados a leis ordinárias.

Em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45, foi acrescentado à Constituição Federal o § 3º que agora consta do art. 5º. Ele define que os tratados que versem especificamente sobre direitos humanos são equivalentes a emendas constitucionais, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Diante da natureza de emenda constitucional conferida aos tratados sobre direitos humanos em face das normas infraconstitucionais hierarquicamente inferiores (isto se observado o *quorum* estabelecido pelo § 3º do art. 5º, da CF), surgiu a indagação a respeito da força normativa dos tratados que versam sobre direitos humanos adotados pelo Brasil anteriormente à EC n. 45/2004, ocasião em que esse *quorum* não era exigido e essa condição de emenda constitucional não era atribuída a essas normas internacionais. E, de igual sorte, bem como em relação aos tratados sobre direitos humanos aprovados posteriormente à EC n. 45/2004 com *quorum* inferior ao previsto no referido § 3º.

Respondendo à indagação, para Valerio Mazzuoli todos os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro têm nível de norma constitucional, não importando o *quorum* de aprovação do tratado. Esse *status* constitucional, para o jurista, deriva do disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88.²⁷

Concordamos, em parte, com Mazzuoli, porque até a inserção da restrição prevista no § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil sobre direitos humanos se agregavam à Constituição enquanto vigentes, não importando o *quorum* qualificado ora previsto no citado § 3º, que era exigido para o alcance desse *status*.

Todavia, a restrição que passou a vigorar a partir da inclusão do § 3º, deixa claro que os tratados versando sobre direitos humanos aprovados dali para a frente sem esse quórum de 3/5 com dupla votação em cada Casa do Congresso Nacional não adquire o status de emenda constitucional.

Prosseguindo em sua investigação, Mazzuoli entende que os tratados internacionais sobre direitos humanos em vigor no Brasil funcionam como paradigma de controle da produção normativa infraconstitucional. É o que denomina

27 Mazzuoli, 2009.

de controle de convencionalidade das leis, a ser observado tanto na via de ação (controle concentrado), quanto na de exceção (controle difuso).

Quanto aos demais tratados internacionais, para ele possuem *status* de supralegalidade, de igual sorte contando com um controle jurisdicional da convencionalidade das leis na produção normativa doméstica e ainda com um controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais, deixando a Constituição de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Assim, são paradigma de controle dessa produção normativa os tratados internacionais de direitos humanos (por meio dos controles difuso e concentrado de convencionalidade) e os instrumentos internacionais comuns (por meio do controle de supralegalidade).

O jurista aponta então, principalmente a partir da EC 45/2004, quatro modalidades de controle de normas infraconstitucionais: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade.

E conclui que caso os tratados internacionais sobre direitos humanos não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma materialmente constitucional, como paradigma de controle somente difuso de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados serão material e formalmente constitucionais, servindo de paradigma dos controles difuso e também concentrado de convencionalidade, como meio de retirar a validade de norma interna que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país, ainda que compatível com a Constituição.

Em relação aos tratados internacionais comuns, servem de paradigma do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais. A incompatibilidade com estas invalidaria a disposição legislativa contrária ao tratado, que prevalece.

Decidindo no RE 466.343-SP questão sobre a prisão do depositário infiel, o STF decidiu que os tratados não incorporados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal não adquirem a natureza de normas constitucionais e sim a de normas supralegais.²⁸

Com base no instituto da proscricção, decidiu-se que os tratados sobre direitos humanos, incorporados antes ou introduzidos posteriormente ao art. 5º, § 3º, da CF, paralisam a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional

28 STF. RE n. 466.343-SP, **DJe 5/6/2009**.

em sentido contrário. Pelo que concluiu o STF, por meio do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, o art. 5º, inciso LXVII, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel não foi revogado pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicação diante do efeito paralisante que a ratificação desses tratados impuseram à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

Da decisão decorre que independentemente de sua hierarquia constitucional, os tratados operam como parâmetro para o controle de outros atos normativos que lhes são – ou não – hierarquicamente inferiores.

Essa decisão é aplicável, por arrastamento, às demais hipóteses, pelo que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção de Viena sobre tratados e da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, por não terem sido recepcionados na forma prescrita no § 3º do artigo 5º da Lei Fundamental, permanecem na condição de normas supralegais. E com esse *status* paralisam todo o ordenamento infraconstitucional que com elas não se conforme.

Reconheceu-se assim, além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade destinado a afastar a aplicação de norma interna de matriz infraconstitucional, contrária ao tratado. Mas, diferentemente da doutrina de Valério Mazzuoli, o STF estabeleceu apenas três controles: o controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade), que não se confunde com o controle de legalidade (por exemplo, entre um decreto e uma lei) nem com o controle de constitucionalidade (antinomia entre uma lei e a CF/88). E determinou que as normas supralegais, não contando com valor constitucional, servem de paradigma apenas para o controle difuso de convencionalidade ou de supralegalidade.

Quanto aos tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da CF/88, porque contam com *status* constitucional, servirão de paradigma ao controle de convencionalidade concentrado (perante o STF) ou difuso (perante qualquer juiz, incluindo-se os do STF). Nesse caso, o controle de convencionalidade concentrado (perante o STF) tem o mesmo significado do controle de constitucionalidade concentrado, porque os tratados com aprovação qualificada equivalem a uma Emenda constitucional.

Em relação ao controle de convencionalidade concentrado (só cabível, repita-se, quando observado o § 3º do art. 5º da CF/88) cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o STF, ou seja, é plenamente possível

defender a possibilidade de ADIn (para evitar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvenção), de Adecon (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional. Embora de difícil concepção, também não se pode desconsiderar a ADO (Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão);

Enfim, a adequação das leis com a Constituição é denominada de controle de constitucionalidade. Mas, além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor no país. À verificação dessa conformidade se dá o nome de controle de convencionalidade, ou seja, de conformidade dessas **convenções**²⁹ com a lei interna do país ou vice-versa. Tal controle, assim como ocorre no caso do controle de constitucionalidade, se dá, portanto, conforme o STF, em virtude da hierarquia das normas, ou seja, com prevalência sobre as de inferior hierarquia.

Com base no entendimento adotado pelo STF, a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de emenda constitucional e demais tratados que revelem hierarquia supralegal, está em que os primeiros passam, para efeito interno, a integrar o bloco de constitucionalidade, como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade, como de um controle de convencionalidade, já que o tratado não se incorpora ao texto constitucional propriamente dito. Os tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada, passam a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade ou conformidade com a Constituição.

Como a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi aprovada de acordo com o *quorum* qualificado previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, adquiriu *status* de emenda constitucional, e as normas infraconstitucionais editadas sobre a matéria estão sujeitas a controle de constitucionalidade.

29 A expressão controle de convencionalidade significa a verificação do respeito ao que foi *convenção* pelo Brasil no plano internacional e internamente adotado. Além de compatíveis com a Constituição, as normas internas devem estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo governo brasileiro e em vigor no país. A esse procedimento é denominado controle de convencionalidade.

9. A EXTENSÃO DO PRINCÍPIO A TODAS AS SITUAÇÕES QUE ENVOLVAM DISCRIMINAÇÃO INDIRETA DE MINORIAS

Considerando que o real fundamento da adaptação razoável é coibir a discriminação indireta, por meio do ajustamento ou acomodação às necessidades particulares das minorias no ambiente empresarial, de forma que possam desfrutar dos mesmos direitos da maioria, tem-se que não pode ficar adstrita à deficiência física.

Logo, em que pese a ratificação da CDPD e o conceito ligado à deficiência física, é evidente que o seu campo de atuação é infinitamente maior.

Com efeito, o terreno aqui vislumbrado é o das políticas afirmativas, na busca do alcance de um patamar de igualdade material, por meio de instrumentos que permitam o harmônico convívio multiculturalista nas empresas.

Assim, com fundamento no disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal e no que dispõe o art. 8º, *caput*, da CLT³⁰, é impositiva a aplicação analógica iuris da CDPD aos demais casos de discriminação indireta de minorias nas relações de trabalho, não podendo o magistrado trabalhista recusar a sua aplicação sob o fundamento de “falta de amparo legal específico”. E ao assim proceder, também não estará se substituindo ao legislador, posto que a sua atuação discricionária e interpretativa é, no caso, autorizada expressamente por lei.

10. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Nas relações de trabalho podemos definir como adaptação ou acomodação razoável o dever de utilização dos meios, instrumentos, práticas e regras indispensáveis ao ajuste do ambiente de trabalho para assegurar igualdade condições e de oportunidades para que as minorias possam exercer, concretamente, os direitos e liberdades fundamentais com a mesma amplitude das majorias.

O direito à adaptação razoável é de natureza fundamental, destinado a corrigir discriminação indireta.

30 Art. 7º, *caput*, da CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:” Art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 8º – “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

Esse ajuste ou adaptação do ambiente deve considerar as necessidades de cada pessoa componente de minorias, de maneira que torne possível excepcionar ou flexibilizar regras e práticas gerais que evitem preconceito, estigma, humilhação, constrangimento, preterição, segregação ou, anfim, tratamento injustamente diferenciado.

A acomodação razoável: a) é democrática, porque permite a inclusão; b) visa preservar o emprego mediante adaptação; c) concretiza a dignidade e os valores sociais do trabalho

11. O LIMITE PARA A REALIZAÇÃO DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL: ÔNUS INDEVIDO

O conceito de onerosidade excessiva, de longa monta aplicável a relações civis e administrativas no terreno do negócio jurídico, notadamente o contratual, está atrelado a malícia (arts. 156 e 157 do CC) ou a fatos imprevistos (arts. 373 e 478/480, CC).

No direito estadunidense a evolução do conceito levou à percepção de que a impossibilidade de exercício de um direito fundamental por preconceito gera a necessidade da empresa fazer adaptações em suas instalações ou em seu regramento interno, desde que isso não imponha a ela um encargo excessivo ou desproporcional, assim entendido como o ônus incontornável sob o aspecto administrativo ou financeiro na dinâmica empresarial.

Vê-se, portanto, que a gênese em relação à onerosidade excessiva é a mesma, variando, no entanto, o âmbito de aplicação, a justificar uma denominação própria para o limite da adaptação que, na prática, importa numa revisão de procedimento.

No caso da onerosidade excessiva civilista ou administrativa, o desequilíbrio entre as prestações das partes leva à revisão ou resolução do negócio. A natureza da onerosidade é econômica. Mas em se tratando de adaptação, ela é razoável quando, por meio de ajustes na organização empresarial, torna-se possível ao credor em situação de discriminação indireta, o exercício de um direito fundamental, portanto, de conteúdo extrapatrimonial, ficando à consideração do trabalhador dar por rompido o contrato ou exigir o ajuste.

Em síntese, o limite para a adaptação razoável (esforço factível de inclusão em obrigação de fazer) é o ônus indevido ou desproporcional que a pretensão possa acarretar em termos de ajuste (dificuldades insuperáveis no âmbito

organizacional, custo material excessivo em relação ao benefício a ser obtido, prejuízo insuportável para os demais trabalhadores em comparação ao benefício de um só ou alguns).

O ônus na adaptação razoável não se confunde com o modo ou encargo civilista, que consiste num ônus em troca de uma liberalidade. A adaptação é um dever se razoavelmente não importar em ônus material ou imaterial desproporcional em relação ao benefício.

Para o ajuste é preciso verificar a finalidade da medida destinada a excepcionar por meio da adaptação, para então comparar custos materiais e imateriais e benefícios diretos e indiretos.

O ônus é indevido quando a adaptação mostra-se demasiadamente custosa (em sentido material e imaterial) em proporção aos benefícios individuais, necessidades empresariais e afetação de direitos coletivos.

Em uma empresa em que trabalham adventistas do sétimo dia, muçulmanos, católicos e judeus, é possível conceder folga no dia correspondente à crença de cada um desses fiéis, se esse procedimento for factível conforme a natureza do empreendimento. Seria possível em uma padaria ou em uma fábrica que funcione de segunda-feira a domingo, mas em princípio inviável num escritório que tenha funcionamento de segunda a sexta-feira.

12. DIREITO COMPARADO

Sobre a adaptação razoável nos Estados Unidos da América já se fez referência ao *Equal Employment Opportunity Act*³¹ e ao *The Duty of Reasonable Accommodation*, tanto em relação ao aspecto religioso, como no tocante à deficiência física, nos dois casos admitindo a acomodação se o encargo não for excessivo para o empregador (*hardship*).

No Canadá, a Comissão de Direitos Humanos de Ontário (*The Canadian Human Rights Commission*) estabeleceu que empregadores não podem discriminar a contratação, promoção, condições laborais ou o término do contrato com base apenas no fato de que uma pessoa precisa cuidar de um membro da família (*"the coast of caring"*)³².

31 EUA, Equal Employment Opportunity (EEO) laws. Disponível em: <https://www.dol.gov/general/topic/discrimination>. Acesso em: 22 fev. 2021.

32 ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. **Direitos humanos e condição familiar**. Disponível em: <http://.ohrc.on.ca/pt/direitos-humanos-e-condi%C3%A7%C3%A3o-familiar>. Acesso em: 19 fev. 2021.

Por outro lado, a referida Comissão, no sitio <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/what-duty-accommodate>, esclarece:

“What is the Duty to Accommodate?”

Employers and service providers have an obligation to adjust rules, policies or practices to enable you to participate fully. It applies to needs that are related to the grounds of discrimination. This is called the duty to accommodate.

The duty to accommodate means that sometimes it is necessary to treat someone differently in order to prevent or reduce discrimination. For examples, asking all job applicants to pass a written test may not be fair to a person with a visual disability. In such cases, the duty to accommodate may require that alternative arrangements be made to ensure that a person or group can fully participate.

E apresenta como exemplos:

- fornecer tela especial e software para pessoas com deficiência visual;
- permitir que um trabalhador tire uma folga para comparecer a uma consulta médica;
- gerenciar a agenda de um funcionário de uma forma que equilibre seu trabalho e obrigações de cuidar; e
- disponibilizar o acesso de cadeiras de rodas para pessoas com deficiência³³.

Na Espanha, a acomodação razoável foi tratada especificamente pela Lei n. 51/2003, que adota conceito semelhante ao disposto no art. 2º, da Convenção da ONU.³⁴

Na França, em caso de ser vítima de discriminação, o deficiente pode recorrer ao *Défenseur des Droits*, “responsável pela proteção dos direitos humanos e defesa da liberdade, inclusive em matéria de trabalho, como assédio moral

33 “Os empregadores e prestadores de serviços têm a obrigação de ajustar as regras, políticas ou práticas para permitir que você participe plenamente. Aplica-se a necessidades relacionadas com os motivos de discriminação. Isso é chamado de dever de acomodar.

O dever de acomodar significa que às vezes é necessário tratar alguém de forma diferente para prevenir ou reduzir a discriminação. Por exemplo, pedir a todos os candidatos a emprego que passem em um teste escrito pode não ser justo para uma pessoa com deficiência visual. Em tais casos, o dever de acomodar pode exigir que arranjos alternativos sejam feitos para garantir que uma pessoa ou grupo possa participar plenamente.” Acesso em: 22 fev. 2021.

34 Ley 51/2003, da Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad. Disponível em: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=17&subs=213&cod=1949&page>.

contra pessoas com deficiência, discriminação contra pessoas com deficiência, falta de adaptação razoável ou contra autoridades que não promoveram o encaminhamento das pessoas com deficiência ao local de trabalho”³⁵.

Em Portugal, embora sem referência expressa, a adoção da adaptação razoável permeia os direitos da personalidade do trabalhador.

Realmente, ao adotar o **normal funcionamento da empresa**, acolhe a ideia de ônus indevido como limite ao exercício dos direitos da personalidade.

Vejamos, *verbis*:

Artigo 14º

Liberdade de expressão e de opinião

É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.³⁶

13. ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: DISTINÇÃO

Com alto grau de abstração, impregnados do ideal de justiça e servindo de base norteadora da construção das regras jurídicas, os princípios serviam para a interpretação lógica e sistemática das regras ou subsidiariamente, para a construção de regras no silêncio do legislador.

A partir da Teoria dos Princípios de Dworkin, passaram a ser vistos por meio da seu real caráter, ou seja, de norma jurídica.

Para Dworkin, os princípios indicam um fim ou uma meta, mas não as consequências, e aplicados mediante ponderação em caso de colisão entre princípios, deve verificar-se a dimensão de grau de cada um envolvidos no caso em questão, para a escolha da solução que se revelar a mais moral ou principiológica, posto que os princípios teriam limites imanentes³⁷.

35 RESENDE, Emerson Albuquerque. **O Direito Fundamental ao Trabalho da Pessoa com Deficiência no Brasil**: caminhos para a eficácia social. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Sergipe, 2016. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4385/1/EMERSON_ALBUQUERQUE_RESENDE.pdf. Acesso em 22 fev. 2021.

36 PORTUGAL. **Lei 7/2009 (Código do Trabalho)**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>. Acesso em 22 fev. 2021.

37 DWORKIN, 2010, p. 127-203.

A partir dessa discussão, Robert Alexy difere na concepção dos princípios e, conseqüentemente, em sua aplicação em caso de conflito, adotando-os como mandados de otimização. Partindo da ideia de que os direitos fundamentais possuem uma eficácia irradiante, funcionando como vetor interpretativo e axiológico do ordenamento, e de que a regra, com razões subjacentes, é fruto das ponderações, os princípios, como mandados de otimização, precisam alcançar um fim indicado, em ponderação com a realidade e com as outras normas do ordenamento jurídico (teoria externa dos direitos fundamentais), e não com os limites sugeridos por Dworkin. Daí que, pelo pluralismo social os princípios necessariamente colidem e sua acomodação deve ser feita por meio do Princípio da Proporcionalidade, que trabalha com três vetores: adequação, necessidade e proporcionalidade³⁸.

A adequação exige que se olhe se aquela ação atingirá o fim a que se destina; a vedação do excesso importa em que, de todas as medidas analisadas, deve-se escolher a que melhor atinja os fins com a menor negatividade possível; e a proporcionalidade específica deve comparar a análise do custo frente ao benefício, considerando o peso concreto dos princípios analisados.

Como a proporcionalidade gera regra, deve-se tomar extremo cuidado para que o uso dos princípios não despreste as regras jurídicas democraticamente produzidas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo, ou que mitiga a segurança jurídica e a separação de poderes.

A Teoria do Impacto Desproporcional difere da técnica da ponderação de princípios. O uso do sopesamento não torna iguais a ponderação de princípios e a adaptação razoável. A distinção reside na finalidade, eis que na ponderação a sobreposição de princípios é necessária e resolvida por si mesma, ou seja, pelo critério comparativo, com exclusão ou sobreposição de um direito em detrimento de outro. Já na adaptação razoável há condicionamento para a sua realização: a sobreposição só ocorrerá se possível for a acomodação dos interesses sob a ótica da razoabilidade do encargo.

A Teoria do Impacto Desproporcional é específica e está fundada nos efeitos discriminatórios indiretos de uma norma ou situação de fato. Daí surge o Direito à Adaptação Razoável destinado a permitir que o discriminado busque modificações e ajustes necessários e adequados a corrigir a distorção, para que, sem que isso acarrete ônus desproporcional ou indevido, possa exercer, em

38 ALEXY, 2008, p. 85-120.

igualdade de oportunidades com as demais pessoas, um direito fundamental colocado em risco.

De forma prática, permitir que o fiel, cozinheiro em um restaurante, possa, com uso proteção para que de sua barba não caiam pelos por questão de higiene; que o muçulmano possa ter pausas para rezar durante a jornada, fazendo a compensação dos intervalos; que o judeu, o adventista do sétimo dia e o muçulmano possam folgar no dia correspondente às suas crenças numa instituição que funciona de segunda a domingo; ou que o deficiente físico possa, com adaptação da pia da copa para atingir a altura da cadeira de rodas, lavar a marmitta na copa, como os demais trabalhadores, e não somente no banheiro, único lugar onde a altura da pia assim permite, são situações que ensejam a incidência da teoria da adaptação razoável.

Já para a situação de uma apresentadora de programa infantil diário de televisão, que resolve paralelamente atuar em filmes pornográficos, a teoria da adaptação razoável não serve, quer porque no caso da empresa resolver despedi-la não haverá discriminação e sim conduta necessária diante da incompatibilidade do contrato com os atos da vida privada, quer porque essa incompatibilidade é resultado de outra teoria, exatamente a da ponderação de princípios.

14. A ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: LEADING CASE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Tivemos a oportunidade de, como relator, identificar no processo TST-RR-11204-62.2017.5.15.0144, da Terceira Turma do TST, acórdão unânime, julgado em 2/12/2020 e publicado no DEJT de 4/12/2020, a hipótese de aplicação da teoria da adaptação razoável diante do dilema de uma professora de ensino público não poder se ausentar do trabalho em dias e horários determinados para acompanhar o filho acometido de síndrome de Down às atividades terapêuticas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e à integração social da criança. Sem elas, torna-se impossível o atingimento do maior estágio de evolução do deficiente em sociedade.

O caso se resume ao fato de que trabalhadores com encargos parentais necessitam, para a conjugação com o direito fundamental ao trabalho, que o empregador promova as adaptações razoáveis que evitem a discriminação por associação familiar.

A situação é prevista no art. 4º da Convenção 156, da OIT, *verbis*:

Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, serão tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e as responsabilidades nacionais para:

- a) dar condições a trabalhadores com encargos de família de exercer seu direito à livre escolha de emprego; e
- b) levar em consideração suas necessidades nos termos e condições de emprego e de seguridade social.³⁹

A adaptação foi possível porque importou em ônus razoável a ser suportado pelo empregador diante do benefício social que o procedimento trará para a criança deficiente e da possibilidade de adequação da jornada de trabalho da trabalhadora por meio da substituição das atividades pedagógicas presenciais por Horas de Trabalho Pedagógico Livre (HTPL), sem diminuição da remuneração.

Posteriormente, utilizamos a teoria em outras situações: a) no RR 10409-87.2018.5.15.0090, 3ª Turma, unânime, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte, julgado em 2/6/2021, para determinar a acomodação da autora, mediante escolha pelo réu das seguintes prestações: jornada de seus horas diárias presenciais e duas horas diárias de atendimento *on-line*, sem prejuízo da remuneração; prestação de sete horas diárias e 35 horas semanais, com intervalo de 15 minutos, sem prejuízo da remuneração; prestação de jornada de seis horas diárias com intervalo de 15 minutos, e cinco horas de atendimento *on-line* aos sábados, sem prejuízo da remuneração; adesão, sem concorrência, e pelo prazo que a autora necessite cuidar de sua filha, ao Programa de Incentivo à Redução de Jornada previsto na Resolução 7.350/2017 da USP, para diminuição voluntária da carga horária semanal de 40 para 30 horas, com redução proporcional e vencimentos, à razão de ¼, estimulados pelo abono concedido de acordo com o art. 5º da Resolução acrescido, se atendidos os requiaitos, de um abono adicional previsto no art. 6º da mesma Resolução; b) no AIRR n. 1208-69.2018.5.17.0008, 8ª Turma, unânime, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte, julgado em 04/11/2022, em que foi mantida a decisão de desen-

39 Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

volvimento das atividades do empregado por meio de teletrabalho enquanto necessário, no exterior, o acompanhamento de filho com deficiência.

15. CONCLUSÃO

O direito à adaptação razoável é de natureza fundamental, destinado a corrigir discriminação indireta.

O limite para a adaptação razoável (esforço factível de inclusão em obrigação de fazer) é o ônus indevido ou desproporcional que a pretensão possa acarretar em termos de ajuste (dificuldades extremas, custo material excessivo etc).

Para o ajuste é preciso verificar a finalidade da medida destinada a excepcionar por meio da adaptação, para então comparar e sopesar os custos materiais e imateriais, individual e coletivamente, bem como os benefícios diretos e indiretos.

O ônus é indevido quando a adaptação mostra-se demasiadamente custosa, material e imaterialmente, em proporção aos benefícios individuais, necessidades empresariais e afetação nos direitos da coletividade em que inserido o trabalhador.

Em uma empresa em que trabalham adventistas do sétimo dia, muçulmanos, católicos e judeus, é possível conceder folga no dia correspondente à crença de cada um desses fiéis, se esse procedimento for factível conforme a natureza do empreendimento. Seria possível, em uma padaria ou em uma fábrica que funcione de segunda-feira a domingo, mas em princípio inviável em um escritório que tenha funcionamento de segunda a sexta-feira.

A teoria do impacto desproporcional é específica e está fundada nos efeitos discriminatórios indiretos de uma norma ou situação de fato. Daí surge o direito à adaptação razoável, destinado a permitir que o discriminado busque modificações e ajustes necessários e adequados a corrigir a distorção, para que, sem que isso acarrete **ônus desproporcional ou indevido, possa exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, um direito fundamental colocado em risco.**

A técnica da ponderação de princípios não tem por fundamento necessário a discriminação e está fundada no conflito entre direitos fundamentais, para escolha daquele que puder, nas circunstâncias, atuar de forma otimizada, segundo grau de importância.

O Brasil adotou no plano internacional a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU em 30 de março de 2007, em Nova Iorque, e a ratificou no plano interno em 2009, passando a constar do ordenamento jurídico a adaptação ou acomodação razoável como integrante da Constituição brasileira na qualidade de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, CF/88.

O processo TST-RR-11204-62.2017.5.15.0144, da Terceira Turma do TST, em julgamento unânime datado de 2/12/2020 e publicado no DEJT de 4/12/2020, em que foi relator o ministro Alexandre Agra Belmonte, pode ser considerado como *leading case* sobre a matéria na Justiça do Trabalho. A eles se seguiram outros proferidos pelo Tribunal da Justiça Social, o TST.

Naquele, decidiu-se caso em que foi aplicada a teoria da adaptação razoável diante do dilema de uma professora de ensino público não poder se ausentar do trabalho em dias e horários determinados para acompanhar o filho acometido de síndrome de Down às atividades terapêuticas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e à integração social da criança. Sem elas, torna-se impossível o atingimento do maior estágio de evolução do deficiente em sociedade.

A adaptação foi possível porque importou em ônus razoável a ser suportado pelo empregador diante do benefício social que o procedimento trará para a criança deficiente e da possibilidade de adequação da jornada de trabalho da trabalhadora por meio da substituição das atividades pedagógicas presenciais por Horas de Trabalho Pedagógico Livre (HTPL), sem diminuição da remuneração.

Em outros dois da mesma relatoria, não foi possibilitado ajuste horário mediante prestação alternativa de escolha do réu e, no outro, a continuidade da prestação laboral no exterior, por teletrabalho.

Considerando que o real fundamento da adaptação razoável é coibir a discriminação indireta, por meio do ajustamento ou acomodação às necessidades particulares das minorias no ambiente empresarial, de forma que possam desfrutar dos mesmos direitos da maioria, tem-se que não pode ficar adstrita à deficiência física.

Logo, em que pese a ratificação da CDPD e o conceito ligado à deficiência física, é evidente que o seu campo de atuação é infinitamente maior.

Consequentemente, nas relações de trabalho podemos definir como adaptação ou acomodação razoável o dever de utilização dos meios, instrumentos, práticas e regras indispensáveis ao ajuste do ambiente de trabalho para assegurar igualdade condições e de oportunidades para que as minorias possam

exerce, concretamente, os direitos e liberdades fundamentais com a mesma amplitude das maiorias.

Com efeito, o terreno aqui vislumbrado é o das políticas afirmativas, na busca do alcance de um patamar de igualdade material, por meio de instrumentos que permitam o harmônico convívio multiculturalista nas empresas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22/02/2021.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 466.343-SP, relator ministro Cesar Peluso, Tribunal Pleno, decisão unânime. **DJe 5/6/2009**.

CIVIL RIGHTS ACT OF 1964. Disponível em: <https://www.history.com/topics/black-history/civil-rights-act#:~:text=The%20Civil%20Rights%20Act%20of%201964%2C%20which%20ended%20segregation%20in,of%20the%20civil%20rights%20movement>. Acesso em: 12 fev. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integrado-do-documento-original.htm>. Acesso em: 4/1/2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EUA. **Equal Employment Opportunity (EEO) laws**. Disponível em: <https://www.dol.gov/general/topic/discrimination>. Acesso em: 22 fev. 2021.

EUA, Supreme Court. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Disponível em 12/03/2021 in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/>

EUA. Supreme Court. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/398/>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ESPAÑA. Ley 51/2003, da igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Disponível em: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=17&subs=213&cod=1949&page>.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de direitos fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração. *In*: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009.

PORTUGAL. Lei 7/2009 (Código do Trabalho). Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34546475/view>. Acesso em: 22 fev. 2021.

OIT. **Convenção n. 156**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang-pt/index.htm.

CANADÁ, ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. **Direitos humanos e condição familiar**. Disponível em: <http://www.ohrc.on.ca/pt/direitos-humanos-e-condi%C3%A7%C3%A3o-familiar>. Acesso em: 19 fev. 2021.

CANADÁ, ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. **What is the Duty to Accommodate?** Disponível em: <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/eng/content/what-duty-accommodate>. Acesso em 22/02/2021.

RESENDE, Emerson Albuquerque. **O direito fundamental ao trabalho da pessoa com deficiência no Brasil: caminhos para a eficácia social**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Sergipe, 2016. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/4385/1/EMERSON_ALBUQUERQUE_RESENDE.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

URIARTE, Oscar Ermida. **Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho**. Prefácio, XII e XV. Campus Jurídico, 2011.

O *HABEAS DATA* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Guilherme Guimarães Feliciano

Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor em direito penal pela USP e em direito processual civil pela Faculdade de Direito de Lisboa. Livre-docente em direito do trabalho pela USP. Pós-doutor em direitos humanos pela Universidade de Coimbra. Professor associado I do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da USP. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) (gestão 2017-2019).

INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, passou a ser da competência da Justiça do Trabalho o processo e o julgamento de mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição (artigo 114, IV, da CRFB).

A previsão originária do *writ* consta do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, no âmbito do seu Título II – por se tratar, na dicção de José Afonso da Silva,¹ de uma genuína **garantia fundamental** –, estatuinto a impetração do *habeas data*.

- [...] a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]

Pois bem.

No âmbito da Justiça do Trabalho, os mandados de segurança há muito já eram impetrados, às raias da habitualidade (conquanto raramente em primeira instância²). O *habeas corpus*, por sua vez, tinha previsão em diversos regimentos

1 Cf. SILVA, 1989.

2 Isso porque a CLT, em seus artigos 652 e 653, não atribuía expressa competência aos órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho para julgar o *mandamus*. No pensamento dominante, as razões dessa omissão seriam “lógicas e, de certa forma, evidentes: se for coatora alguma autoridade vinculada à administração (federal, estadual ou municipal), à legislatura (idem), ou à organização judiciária que não seja a do Trabalho, a incompetência desta Justiça especializada chega a ser ofuscante, devendo ser mencionado, no caso de a autoridade coatora ser federal, o art. 109, VIII, da Constituição da República, que comete a competência aos juízes federais; se a autoridade coatora for efetivamente da Justiça do Trabalho, haverá, mesmo assim, incompetência das Juntas de Conciliação e Julgamento em virtude da hierarquia, pois se dita autoridade for de primeiro grau a competência será do Tribunal Regional; se de segundo ou de terceiro grau, a competência para apreciar a ação de segurança será do Tribunal Superior do Trabalho” (TEIXEIRA FILHO, 1994, p.179). Contra essa tese, pronunciaram-se vozes isoladas da doutrina. Cfr., por todos, OLIVA, 2002, p.123-125 (convergindo para a nossa própria posição). Após a EC 45/2004, ante a referência indiscriminada aos mandados de segurança (artigo 114, IV) e a nova competência para causas de direito administrativo sancionador (artigo 114, VII), tornou-se indubitoso o cabimento de mandados de segurança **também** em primeira instância. Suponha-se, *e.g.*, que o empregador pretenda impetrar o *writ* para prevenir ou fazer cessar violação a um seu direito líquido e certo, provocada por gestões ilegais do agente da fiscalização. Tratando-se de ato de autoridade administrativa, o impetrante deverá fazê-lo em primeira instância, no juízo trabalhista “da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado [ou Região], observados os princípios constitucionais e legais pertinentes” (MEIRELLES, 1994, p. 51).

internos de tribunais do trabalho³, a despeito das variegadas objeções de inconstitucionalidade⁴. Diante disso, a competência para processar e julgar *habeas data* foi, entre todas, a mais inusitada⁵.

Põe-se, pois, uma questão fundamental: em que hipóteses o cidadão haveria de impetrar *habeas data* para questionar atos relativos à matéria trabalhista? E quais as potencialidades concretas do manejo desse instrumento na Justiça do Trabalho (ou, ao menos, as mais razoáveis e/ou encontradiças)?

Vejamos.

1. A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS DATA* E SEUS USOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A função constitucional do *habeas data* é proteger a esfera privada dos indivíduos contra os usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos, contra a introdução de dados sensíveis nesses registros (como os de cunho racial, opinião política ou filosófica, orientação sexual, fé religiosa, filiação partidária e sindical etc.) e, ainda, contra a **conservação de dados errados ou com fins diversos dos autorizados em lei**⁶ (o que tem especial relevo para o exercício útil da jurisdição laboral, como se dirá). Na origem do *habeas data* está, portanto, o **direito de conhecer** e de **retificar** os dados pessoais constantes de registros e bancos de dados de

3 Cfr., e.g., o artigo 184, IV, do Regimento Interno do TST, tal como aprovado pela Resolução Administrativa n. 908/2002: "Impetrado o *habeas corpus*, o Relator requisitará informações do apontado coator, no prazo que fixar, podendo, ainda [...] no *habeas corpus* preventivo, expedir salvo-conduto a favor do paciente, até decisão do feito, se houver grave risco de consumar-se a violência".

4 Cfr., e.g., STF, CJ n. 6.979-1/DF, rel. min. Ilmar Galvão: "Sendo o *habeas corpus*, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será sempre do juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença". Assim, a competência para o processo e o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra ato de juiz do Trabalho sempre seria, nessa perspectiva, do Tribunal Regional Federal com jurisdição na comarca ou circunscrição da autoridade coatora.

5 Como fora inusitada, antes, a própria positivação do instituto, com o advento da Constituição Federal de 5/10/1988. O Direito comparado registrava remédios semelhantes, mas com outras nomenclaturas, e todos muito recentes: assim, e.g., no artigo 35 da Constituição de Portugal (1976), no artigo 105, b, da Constituição da Espanha (1978) e no *Freedom of Information Reform*, dos Estados Unidos da América (1978). Na Argentina, o *habeas data* foi introduzido na revisão constitucional de 1994, como modalidade de "*acción expedita y rápida de amparo*" (artigo 43).

6 SILVA, 1993, p. 396-397 (com supedâneo no escólio de Firmín Morales Prats, da Universidade de Barcelona).

entidades governamentais (*i.e.*, órgãos da administração direta e indireta) e de outras entidades de caráter público (instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestam serviços de interesse público ou o fazem para o público: concessionárias, permissionárias, serviços de proteção ao crédito, firmas de assessoria e fornecimento de malas diretas etc.⁷).

Mas esse direito não está adstrito à questão da privacidade/intimidade da pessoa humana (direitos de primeira geração ou dimensão), como sustentavam os primeiros autores. Vai mais além da esfera privada individual, concorrendo para a consolidação dos regimes políticos democráticos. Está em causa, por conseguinte, o próprio **direito de informação a se** – direito que, imantado pelos desdobramentos da globalização econômica e da preeminência dos meios de comunicação, já é alçado à categoria de direito fundamental de **quarta geração** (*supra*). Sonegado, pode ser satisfeito com a impetração, pelos interessados, do remédio do *habeas data* (artigo 5º, LXXII), que está entre as **garantias individuais** da Constituição da República de 1988 (ao lado do direito de petição, do mandado de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção e da ação popular⁸).

E há mais. Amiúde, não se trata somente do direito de informação. A seu reboque vêm outros direitos, de primeira, segunda ou terceira geração, cuja preservação supõe e reclama o conhecimento das informações ou a retificação dos dados pessoais. No caso da ação civil pública movida pelo sindicato contra a refinaria (*supra*), o direito à informação era instrumental em relação ao direito ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida dos trabalhadores (artigo 225, *caput*, da CRFB) — direito de *terceira geração*, quando se manifesta como interesse difuso.

Nas plagas do processo trabalhista, a doutrina nacional segue em cursos relativamente erráticos. Em geral, apontam usos de pouca intercorrência – embora perfeitamente razoáveis –, como, p. ex., a impetração de *habeas data*, pelo

7 *Idem*, p. 398. Consoante o artigo 1º, par. único, da Lei n. 9.507/1997, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.

8 Chamados, como o próprio *habeas data*, de **remédios constitucionais**, *i.e.*, “meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando [a] sanar, corrigir ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais” (*idem*, p. 386). À exceção do direito de petição, todos os demais remédios provocam necessariamente o exercício da atividade jurisdicional e, por isso, são também conhecidos como **ações constitucionais**.

empregador, para retificar o cadastro nacional de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas a de escravo⁹, também conhecida como “lista suja do trabalho escravo”¹⁰ (que é seguramente um banco de dados de origem e acesso públicos¹¹), e retirar a sua denominação social e/ou o seu número de CNPJ (se pessoa jurídica) ou CPF (se pessoa física), *si et quando* inseridos de modo equivocado (*e.g.*, por erro material) ou ilícito (*e.g.*, sem observância do devido processo legal administrativo, consoante disposto pelo art. 2º, § 2º, da Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4/2016¹²).

A hipótese pode imbricar possíveis discussões laterais, como a possibilidade de pessoas jurídicas exercitarem direitos, liberdades e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição; mas, em situações como essa, por se tratar de garantia que recobre um direito fundamental perfeitamente exercitável por pessoas jurídicas (i.e., o direito de informação, o direito à imagem e/ou o direito à honra objetiva)¹³, exsurge indubitável a legitimidade processual ativa de empregadores

9 V., *e.g.*, BEBBER, 2008, *passim*.

10 Cf. Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4, de 11/05/2016, que “[d]ispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo”. A partir dela, o Ministério do Trabalho expediria a Portaria MTb n. 1.293, de 28.12.2017, ainda em vigor, em substituição à portaria publicada em outubro do mesmo ano (Portaria n. MTB 1.129/2017), que havia sido suspensa pela ministra Rosa Weber (STF), nos autos das ADPFs 489-DF e 491-DF, por violar a Constituição e acordos internacionais celebrados pelo Brasil.

11 V. Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4/2016, art. 2º, *caput*: “O Cadastro de Empregadores será divulgado no sítio eletrônico oficial do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), contendo a relação de pessoas físicas ou jurídicas atuadas em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo”.

12 “Será assegurado ao administrado, no processo administrativo do auto de infração, o exercício do contraditório e da ampla defesa a respeito da conclusão da Inspeção do Trabalho de constatação de trabalho em condições análogas à de escravo, na forma dos art. 629 a 638 do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho) e da Portaria MTPS n. 854, de 25 de junho de 2015”.

13 Como decidiu outrora o *Bundesverfassungsgericht* alemão – e a lição serve perfeitamente ao caso brasileiro –, *à luz do que dispõe o artigo 19, 3, da GG (no sentido de que “[d]ie Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind”)*, em *BVerfGE 3, 383 [390] (ref. artigo 3º, 1, da GG) e BVerfGE 4, 7 [12 e 17] (ref. artigo 14 da GG)*, *p. ex.* Já quanto às pessoas jurídicas de direito público, *decidiu-se que os direitos fundamentais não lhe são aplicáveis, quando realizam funções públicas; v., por todos, BVerfGE 21, 362 (Reclamação Constitucional do Instituto Estadual de Seguro de Westfalia, uma das instituições titulares do Sozialversicherungsträger alemão; a reclamação não foi admitida, por ausentes os pressupostos do artigo 19, 3, da GG)*. Cf., ainda, *BVerfGE 15, 256 [262]: o Estado não pode ser, ao mesmo tempo (numa mesma função), destinatário e titular de direitos fundamentais. No Brasil, em sentido semelhante ao artigo 19, 3, da GG, dispõe o artigo 52 do NCC: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade”.*

pessoas jurídicas (ou, na dicção, do art. 2º, *caput*, da CLT, “empresas coletivas”), tanto quando de empregadores pessoas físicas (ou, na dicção do art. 2º, *caput*, da CLT, “empresas individuais”) e de entidades equiparadas (CLT, art. 2º, § 2º). Logo, a questão primordial seria mesmo a mínima serventia do instrumento, ao menos em termos práticos.

Na jurisprudência, temos visto, de outra parte, alguns julgados – de tribunais superiores e da própria Justiça do Trabalho (esses raríssimos) – com resultados interessantes. A eles.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS DATA. FORNECIMENTO DE CERTIDÃO PARA ATESTAR A LEGALIDADE DE ATO PRATICADO POR INTERESSADO. OBTENÇÃO DE CÓPIA INTEGRAL DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 7º DA LEI N. 9.507/97. INADEQUAÇÃO DO MEIO. PRECEDENTES. PLEITO DIRIGIDO A ÓRGÃO QUE NÃO DETÉM COMPETÊNCIA PARA EMITIR CERTIDÃO. ART. 2º DA LEI N. 9.507/97. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE TIDA POR COATORA. RECURSO NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 9.8.2005.

1. É inidôneo o habeas data para franquear tanto informação a respeito de procedimento administrativo quanto certidão com o fito de afirmar a legalidade de atividade praticada pelo interessado. Precedentes. 2. Pleito de informação dirigido a autoridade não legítima, a teor do art. 2º da Lei 9.507/1997. 3. Razões recursais que não se mostram aptas a infirmar os fundamentos da decisão recorrida. 4. Recurso em *habeas data* não provido.

(STF, RHD 1/DF; Relator (a): Min. ROSA WEBER; Julgamento: 25/04/2017; Publicação: 17/05/2017; Órgão julgador: Primeira Turma)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS DATA. ART. 5º, LXXII, DA CF. ART. 7º, III, DA LEI 9.507/97. PEDIDO DE VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INIDONEIDADE DO MEIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal, tem como finalidade assegurar o conhecimento de informações constantes de registros ou banco de dados e ensejar sua retificação, ou de possibilitar a anotação de explicações nos assentamentos do interessado (art. 7º, III, da Lei 9.507/97). 2. **A ação de *habeas data* visa à proteção da privacidade do indivíduo contra abuso no registro e/ou revelação de dados pessoais falsos ou equivocados.** 3. **O *habeas data* não se revela meio idôneo para se obter vista de processo administrativo.** 4. Recurso improvido.

(STF, HD 90 AgR/DF; Relator (a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 18/02/2010; Publicação: 19/03/2010; Órgão julgador: Tribunal Pleno)

AGRAVO. HABEAS DATA AGRAVO. CORREIÇÃO PARCIAL. MEDIDA INCABÍVEL.

No caso, a agravante, após indeferida a sua pretensão correicional de forma monocrática e colegiada por este c. Tribunal Superior do Trabalho, apresentou, no bojo da reclamação correicional, *habeas data* requerendo informação da vara do trabalho visando demonstrar nulidade de citação ocorrida em reclamação trabalhista.

Verificada a inadequação do habeas data no bojo da Correição Parcial e visando a obtenção de comprovação de documento em órgão diverso do Tribunal Superior do Trabalho, impõe-se a manutenção da decisão agravada que não recebeu a ação constitucional apresentada pela parte agravante. Agravo a que se nega provimento. (TST, CorPar 1000926-07.2021.5.00.0000, Órgão Especial, publ. 12/5/2022, j. 2/5/2022, rel. Min. Aloysio Silva Correa Da Veiga)

[...] **DECISÃO**

Vistos etc.

Cuida-se de habeas data impetrado por Jenice da Silva Andrade, com fulcro no art. 5º, LXXII, b, da Constituição Federal, por meio do qual pretende seja cassada decisão contida em acórdão proferido pela SBDI-1 do TST, com a retificação de dados não verdadeiros informados em acórdão proferido em 26/11/2015.

De modo confuso, relata que – em 01/12/2015 – a ora impetrante solicitou à eg. SBDI-1, do TST, representada pelo Min. JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, a correção dos DADOS inseridos no Acórdão proferido em 26/11/2015, no proc. Num Única 0148341-64.1998.5.05.0004, segundo o qual, convalidando os dados inseridos no Acórdão, fls. 1901191 – o qual nada mais é do que a cópia autêntica do Acórdão Regional n. 31.116/2004, fls. 1.858/1.859 –, já fora declarado NULO, eivado de vícios pela 3ª turma do TST, em 17/08/2011, no Acórdão da lavra do Min. ALBERTO BRESSIANI – visualizado eletronicamente, na consulta ao inteiro teor no proc. Num Única 0148341- 64.1998.5.05.0004, na data de 26/11/2015 –, determinando que a Vara de origem profira nova sentença em substituição a que fora proferida em 16/06/2003 (publicada no então Diário Oficial do TRT5, de 30/06/2003) (fl. 4). Diz que a SBDI-1 do TST, representada pelo Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, recusou o pedido sem qualquer justificativa convincente. Pede [...] seja cassada a decisão do Acórdão proferido em 26/11/2015, pela eg. SBDI-1, do TST, a fim de proceder a retificação dos dados não verazes informados no Acórdão proferido 26/11/2015, quanto aos efeitos do Acórdão regional, fls. 190/191, em homenagem ao devido processo legal– (fl. 10).

A petição inicial, porém, deve ser indeferida, não havendo espaço para o trânsito do presente *habeas data*.

Em primeiro lugar, a Impetrante não possui capacidade postulatória para impetração do *habeas data*. Para o ajuizamento desta ação constitucional, é indispensável a representação da Impetrante por advogado, nos termos dos arts. 133 da Constituição Federal e 1º da Lei 8.906/1994. Note-se que o *habeas data* não se inclui entre as exceções previstas em lei em que o patrocínio da causa por advogado é dispensado, tal como nas hipóteses do *habeas corpus* (art. 654 do CPP), bem como de atuação nas instâncias ordinárias na Justiça do Trabalho (art. 791 da CLT) e nos Juizados Especiais Cíveis (art. 9º da 9.099/1995).

Em segundo lugar, o caso não atrai a impetração do *habeas data*. O inciso LXXII do art. 5º da Constituição Federal dispõe: “conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter pú-

blico; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...]”

A pretensão da Impetrante não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na Lei Maior. O instituto assegura o direito de postular o acesso às informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, a fim de que a pessoa as conheça e, querendo, promova a retificação dos dados incorretos ou a complementação dos registros.

No caso examinado, a Impetrante não narrou ter sido recusada a prestação de informações alusivas à sua pessoa nem requereu o acesso a qualquer informação. Por outro lado, não é possível por meio do *habeas data* obter a cassação ou retificação do acórdão proferido pela SBDI-1 do TST no curso de reclamação trabalhista. A ação constitucional do *habeas data* não é sucedâneo de recurso ou de ação rescisória, não se prestando para cassação ou desconstituição de decisão proferida por órgão jurisdicional.

Ante o exposto, verificada a incapacidade postulatória da Impetrante e não sendo o caso de impetração de *habeas data*, INDEFIRO a petição inicial, na forma do art. 10 da Lei 9.507/1997. Tratando-se de ação gratuita, não há custas a serem fixadas (art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal c/c art. 21 da Lei 9.507/97). Publique-se. (TST, HD-Pet 3403-93.2016.5.00.0000, SBDI-1, rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, j. 4/3/2016)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO. HABEAS DATA. CORREIÇÃO PARCIAL. SUCEDÂNEO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. Incabíveis os embargos de declaração quando a parte não demonstra a ocorrência de quaisquer dos vícios procedimentais enumerados nos artigos 897-A da CLT e 1.022, I e II, do CPC. A questão acerca do não cabimento na hipótese do *habeas data* apresentado pela parte foi devidamente analisada na decisão embargada, na qual ficou expressamente consignado que a aludida medida não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso ou de mandado de segurança, tampouco ser manejada nos autos de Correição Parcial, por possuírem ambos ritos procedimentos diversos. Na ocasião, também restou assentado não haver amparo legal para o acolhimento do pedido de remessa ao órgão competente ou abertura de prazo para regularização da petição inicial, visto que ausente previsão legal nesse sentido. Embargos de declaração a que se nega provimento.

(TST, CorPar: 10009260720215000000, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 08/08/2022, Órgão Especial, Data de Publicação: 18/08/2022)

AGRAVO REGIMENTAL – HABEAS DATA. O interesse de agir, que justifica a impetração do *habeas data*, diz respeito à imperiosa necessidade do impetrante de, por meio deste remédio constitucional, obter dados personalíssimos constantes de registro de cunho público, bem como de retificar ou complementar tais dados e registros.

(TRT 3, HD 0010966-52.2019.5.03.0000, Relator: Adriana Goulart de Sena Orsini, Data de Julgamento: 01/07/2020, 1ª Seção de Dissídios Individuais, Data de Publicação: 01/07/2020)

“[O] remédio constitucional está dirigido indistintamente a todo e qualquer cidadão e em razão das relações havidas na sociedade, sem distinção. Se decorrentes de perseguição política, se destinadas à obtenção de crédito ou emprego. Este direito é uma das dimensões do direito à intimidade, direito imaterial previsto na Constituição e que constitui parte do patrimônio do indivíduo. Daí, também, em matéria trabalhista, pode ocorrer a violação desse direito, e que o fato esteja relacionado com o contrato de trabalho. [...] seja o empregado de empresa pública ou privada, é clara sua legitimação para impetrar *habeas data* contra seu empregador, pelo que foi negado provimento ao recurso dos Correios nesse tema, por unanimidade de votos. [...]”

(TRT 2, ROT 00730-00.80.2006.5.02.0086, rel. Des. Maria Inês Moura Santos Alves da Cunha, j. 6/4/2011)

HABEAS DATA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RESISTÊNCIA AO FORNECIMENTO DAS INFORMAÇÕES: ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I, DA LEI N. 9.507/1997. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INFORMAÇÕES RELATIVAS A TERCEIROS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A ausência da comprovação da recusa ao fornecimento das informações, nos termos do art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 9.507/1997, caracteriza falta de interesse de agir na impetração. Precedente: Recurso em *Habeas Data* n. 22, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 1º.9.1995. 2. O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República, sua impetração deve ter por objetivo «assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante» (STF, Ag.Reg. no HD 87, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE de 05.02.2010).

(TRT 12, ROT 0000437-10.2019.5.12.0004, rel. Des. Wanderley Godoy Junior, j. 30/10/2019)

HABEAS DATA PARA FORNECIMENTO DE RAIS. ILEGITIMIDADE DO SINDICATO PROFISSIONAL. O sindicato impetrante não tem legitimidade para entrar com *habeas data* para requerer informações da RAIS relativas às contribuições sindicais constantes em cadastro do impetrado, pois essas informações não são relativas à pessoa do impetrante, mas a terceiros pessoas (empregados). Inteligência do inciso I do art. 7º da Lei n. 9.507/1997.

(TRT 12, ROT 0000582-85.2019.5.12.0030, rel. Des. Lília Leonor Abreu, j. 16/3/2020)

LEGITIMIDADE. ART. 7º, I, DA LEI N. 9.507/1997. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO IMPETRANTE. 1. A entidade sindical impetrante objetiva seja o Ministério do Trabalho obrigado a entregar-lhe cópia das RAIS fornecidas pelos empregadores; 2. Ocorre que as RAIS apenas consignam dados relativos a terceiros pessoas: os empregados; 3. Então, não detém o impetrante (ente sindical) legitimidade para o ajuizamento do *habeas data*, tendo em vista o disposto no

inciso I do art. 7º da Lei n. 9.507/1997, que somente o viabiliza para «assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante».

(TRT 12, ROT 0000587-10.2019.5.12.0030, rel. Des. Ligia Maria Teixeira Gouvea, j. 14/8/2019)

HABEAS DATA. SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. O sindicato, na qualidade de substituto processual, não tem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar *habeas data*, uma vez que esta ação, como tem a finalidade de assegurar o conhecimento ou a retificação de informação relativa à pessoa do impetrante, é de natureza personalíssima.

(TRT 12, ROT 0000695-05.2014.5.12.0001, rel. Des. Maria de Lourdes Leiria, j. 21/1/2015)

HABEAS DATA. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR OUTRO FUNDAMENTO. A pretensão de obtenção de vista em processo administrativo não se amolda a qualquer das hipóteses de cabimento do *Habeas Data* dispostas no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal e no artigo 7º da Lei Federal n. 9.507/97, como já definiu o Supremo Tribunal Federal, em voto de relatoria da Ministra Ellen Gracie em sede de Agravo Regimental no HD 90AgR/DF, publicado em 19.03.2010. Impõe-se, assim, a extinção do processo, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

(TRT-6, ROT: 00004526720215060006, rel. Des., Data de Julgamento: 12/05/2022, Quarta Turma, Data de Publicação: 13/05/2022)

Ao que se vê, portanto, pode-se extrair, da atual (e parca) jurisprudência trabalhista a respeito, que:

- (a) o *habeas data* não serve de sucedâneo de recurso ou mandado de segurança em sede judicial, como tampouco serve de sucedâneo recursal em sede correicional;
- (b) o *habeas data* não serve à obtenção de certidões, documentos ou outras informações que podem ser obtidas pela via administrativa, como, p. ex., com manejo do direito geral de petição (CRFB, art. 5º, XXXIV, *a*¹⁴) ou com base na própria Lei de Transparência (Lei 12.527/2011, art. 7º¹⁵);

14 *In verbis*: “[...] são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; [...]”.

15 *In verbis*: “O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I – orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II – informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha

- (c) o *habeas data* não serve à obtenção de vistas de autos de processos judiciais ou administrativos, físicos ou eletrônicos;
- (d) o *habeas data* não serve à obtenção de acesso às gravações de audiências e sessões;
- (e) o *habeas data* configura garantia constitucional *personalíssima* (Lei 9.507/1997, art. 7º, I), não cabendo a sua impetração por sindicatos em regime de substituição processual¹⁶,
- (f) o *habeas data* exige para a sua impetração, mesmo na Justiça do Trabalho, o intercurso de advogados, não se admitindo o *ius postulandi* pessoal e leigo do interessado (como se admite, *e.g.*, no *habeas corpus, ut* art. 654 do CPP, e nos processos trabalhistas de rito comum e especial, *ut* art. 791 da CLT¹⁷);
- (g) o *habeas data* pode ser impetrado também em face de pessoas jurídicas de direito privado, uma vez atendida a hipótese do art. 1º, par. único, da Lei (= interesse-adequação), *i.e.*, desde que se trate de “registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações” (e, nesse caso, ainda que não se cuide de “ente governamental” ou afim).

cessado; IV – informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII – informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. VIII – (VETADO) (Incluído pela Lei n. 14.345, de 2022)”.

16 Acusamos neste ponto, respeitosamente, a nossa divergência, diante do exposto texto do art. 8º, III, da Constituição: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Com tal largueza, a norma constitucional também alcança, a nosso sentir, a possibilidade de impetração de *writs* em favor dos membros da categoria profissional ou econômica, considerados individual ou coletivamente (como já se reconhece, aliás, para o mandado de segurança coletivo), desde que se trate de matéria afeta a esse específico papel social (*i.e.*, direitos ou interesses de índole afeta à categoria profissional ou econômica).

17 Algo de que também divergimos, de novo respeitosamente. Entendemos, ao revés, que o *ius postulandi* do art. 791 da CLT aplica-se inclusive aos remédios constitucionais manejáveis em favor de empregados e empregadores.

Eis aqui, afinal, o nosso ponto nodal: há uma injustificável “timidez” dos operadores do Direito do Trabalho (e especialmente da doutrina), aliada a uma série de equívocos na correta compreensão das funções constitucionais desse *writ*.

Pode-se, sim, ir mais além. E, sobre esse horizonte a desbravar, temos já ponderado há algum tempo. Vejamos.

2. O HABEAS DATA E O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO (1). A SÚMULA N. 368 DO TST

Dir-se-á, como visto, que casos como aqueles, relativo ao direito de informação e de retificação relacionado à hipótese da Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4/2016 e da Portaria MTb n. 1.293/2017, ou ainda à hipótese do artigo 19, § 3º, da Lei n. 8.213/1991¹⁸, são pouco frequentes; e, nesse derradeiro caso, raramente se revelam em relação à autoridade pública, o que tornaria marginal a função do *habeas data* na Justiça do Trabalho.

Daí a perceptível necessidade – e a boa oportunidade – de um horizonte mais aberto.

Há outra casuística, das mais enconradiças nas Varas e Tribunais do Trabalho, que envolve a **retificação de dados pessoais perante entidade governamental** – o Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal) – a bem de um direito fundamental de *segunda geração*, a saber, o **direito à previdência social** e seus consectários (artigos 6º, 7º, XXIV, e 201, todos da CRFB). E esse **direito de retificar**, inerente a toda pessoa que se vê diante da conservação ou circulação de informações pessoais falsas (= **direito à verdade sobre si próprio**), exsurge agora especialmente menoscabado, no que diz com o trabalhador, à mercê da atual redação da Súmula n. 368 do C.TST (Res. 219/2017), sob as premissas traçadas desde os tempos da O.J. n. 141 da SBDI-1¹⁹. Vejamo-la:

18 *In verbis*: “É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular”. O uso do *habeas data*, porém, só faria sentido, em princípio, se se tratasse de pessoa jurídica da administração pública direta ou indireta (i.e., entidade “governamental”); e, ainda assim, adviria a discussão da natureza jurídica do ato ou documento, tal qual se deu, historicamente, nos debates em torno da competência da Justiça do Trabalho para o mandado de segurança (atos do empregador como **atos de gestão** – e não de império –, ainda se empregador público).

19 O item I da Súmula n. 368 do C.TST resulta da conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 32, 141 e 228 da SDI-1. A redação desse item foi depois alterada pela Resolução n. 138/2005 (DJ 22.11.05) e, mais recentemente, pela Resolução n. 181/2012.

Seguridade social. Tributário. Desconto previdenciário. Desconto fiscal. Competência. Responsabilidade pelo pagamento. Responsabilidade pelo recolhimento. Forma de cálculo. CF/88, art. 114, VIII. Lei 8.541/1992, art. 46. Decreto 3.048/1999, art. 276, § 4º. Lei 8.212/1991, art. 43 e Lei 8.212/1991, art. 44. CLT, art. 832, §§ 3º e 4º, CLT, art. 876, parágrafo único, CLT, art. 878-A, CLT, art. 879, e CLT, art. 889-A. CF/88, art. 114, VIII e CF/88, art. 195, I, «a» e II.

I – A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. **A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição.** (ex-OJ 141 da SBDI-1 – inserida em 27/11/1998).

II – É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ 363 da SBDI-1, parte final).

III – Os descontos previdenciários relativos à contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, devem ser calculados mês a mês, de conformidade com o art. 276, § 4º, do **Decreto 3.048/1999** que regulamentou a Lei n. 8.212/1991, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição (ex-OJs 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14/03/1994 e 20/06/2001).

IV – Considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo, para os serviços prestados até 4.3.2009, inclusive, o efetivo pagamento das verbas, configurando-se a mora a partir do dia dois do mês seguinte ao da liquidação (art. 276, caput, do **Decreto 3.048/1999**). Eficácia não retroativa da alteração legislativa promovida pela Medida Provisória n. 449/2008, posteriormente convertida na **Lei 11.941/2009**, que deu nova redação ao art. 43 da **Lei 8.212/1991**.

V – Para o labor realizado a partir de 05/03/2009, considera-se fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de créditos trabalhistas reconhecidos ou homologados em juízo a data da efetiva prestação dos serviços. Sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas a partir da prestação dos serviços incidem juros de mora e, uma vez apurados os créditos previdenciários, aplica-se multa a partir do exaurimento do prazo de citação para pagamento, se descumprida a obrigação, observado o limite legal de 20% (art. 61, § 2º, da **Lei 9.430/1996**).

VI – O imposto de renda decorrente de crédito do empregado recebido acumuladamente deve ser calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito, nos termos do art. 12-A da **Lei 7.713, de 22/12/1988**, com a redação conferida pela **Lei 13.149/2015**, observado o procedimento previsto nas Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil. [grifo nosso]

E, agora, expliquemo-nos.

Em face do que dispõe o artigo 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91²⁰, os efeitos previdenciários das sentenças trabalhistas que reconheciam vínculo empregatício sempre foram pífios, senão frustrantes. Sob a égide da EC n. 20/98, exauriam-se no aspecto do **custeio**: o empregador estava obrigado a recolher as contribuições sociais incidentes sobre os créditos trabalhistas a que fora condenado (desde que constituíssem salário-de-contribuição) e, para mais, deveria ainda recolher as contribuições sociais incidentes sobre os salários e títulos salariais *já pagos* ao tempo da demanda (assim, *e.g.*, as contribuições incidentes sobre cada um dos salários pagos, observados os prazos dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91). Quanto a esse último recolhimento, deflagrou-se acesa polêmica entre juristas, advogados e julgadores: estaria cometido a qual juízo?

De nossa parte, sempre sustentamos que as contribuições sociais incidentes sobre os salários-de-contribuição quitados extrajudicialmente, mas como tal reconhecidos em provimento judicial declaratório de juiz trabalhista, seriam igualmente exequíveis na Justiça do Trabalho, *ut* artigo 114, § 3º, da CRFB (antes da EC n. 45/2004)²¹. Como era de se esperar, o Governo Federal acabou por sufragar essa interpretação: a teor do artigo 276, § 7º, do Decreto n. 3.048/1999, na redação do Decreto n. 4.032/2001²² (formalmente em vigor até os dias de hoje), as contribuições resultantes do reconhecimento do vínculo empregatício **“deverão ser exigidas”** nas ações trabalhistas respectivas...

Ocorre que, à vista do precitado artigo 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991, o tempo de serviço (= tempo de emprego) reconhecido pela autoridade competente (i.e., o juiz do Trabalho), se baseado em provas **exclusivamente testemunhais**, não era reconhecido pelo INSS para efeitos de aposentadoria ou de quaisquer

20 Artigo 55, § 3º: “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em **início de prova material**, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”. [grifo nosso]

21 V., por todos, FELICIANO, 2002, p.74-79.

22 Artigo 276, § 7º: **“Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas [sic] na ação**, tomando-se por base de incidência, na ordem, o valor da remuneração paga, quando conhecida, da remuneração paga a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante, do salário normativo da categoria ou do salário mínimo mensal, permitida a compensação das contribuições patronais eventualmente recolhidas”. [grifo nosso]

outros **benefícios** da previdência social. Afinal, faltava o “início de prova material” exigido nas justificações judiciais e administrativas. Noutras palavras, o Poder Judiciário reconhecia o **tempo de serviço**, oportunamente declarado por quem de direito, e providenciava o **tempo de contribuição**, na proporção correspondente (em face das execuções previdenciárias levadas a bom termo pelos juízes trabalhistas, com recolhimentos em favor dos cofres do INSS). Nada obstante, eram baldadas as legítimas expectativas sociais que assim se criavam: apesar do tempo reconhecido e dos esforços de custeio, os órgãos da administração autárquica *negavam* – como ainda negam – as prestações e os serviços de previdência social ao trabalhador, em reverência à letra fria da Lei de Benefícios. Nada poderia ser mais antitético e desolador.

Diante desse quadro, o TST optou pelo caminho mais fácil: render-se à obstinada resistência dos burocratas. Modificou a Súmula n. 368 para consignar a **tese oposta**: não caberia executar, na Justiça do Trabalho, as contribuições sociais incidentes sobre as verbas pagas no período de vínculo empregatício declarado em juízo²³. O DD. Presidente do TST, Min. Vantuil Abdala, chegou a justificar publicamente a alteração (baseada em estudo do Min. Simpliciano Fernandes), ponderando que “trata-se de uma injustiça com o trabalhador e um despropósito a Justiça do Trabalho garantir a arrecadação do tributo sobre o dinheiro do trabalhador, que não tem a contagem de tempo reconhecida para a aposentadoria e fica sem os próprios valores recolhidos”²⁴. Talvez não fosse, “permissa venia”, a melhor vereda.

23 Antes da Res. 138/2005, o inciso I da Súmula n. 368 estabelecia que “[a] Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. **A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social — CTPS, objeto de acordo homologado em juízo**” [grifo nosso]. Convergia-se, portanto, para o disposto no artigo 276, § 7º, do Decreto n. 3.048/1999 e, mais recentemente, para o artigo 876, par. único, da CLT, na redação da Lei n. 11.457, de 2007.

24 Cfr. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. De 10/11/2005, http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=5920&p_cod_area_noticia=ASCS, acesso em 21/12/2005. V. também: expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/137507/justica-do-trabalho-nao-cobra-para-ins-s-em-aco-es-que-reconhecem-vinculo, acesso em 17/8/2022.

3. O *HABEAS DATA* E O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO (2). POR MELHORES CAMINHOS HERMENÊUTICOS

A *ratio iuris* ínsita ao teor corrente do item I da Súmula n. 368 do TST claudica, a nosso sentir, em dois momentos fundamentais.

A uma, sempre entendemos que o esforço sumular ali vertido não tinha o condão de espancar a interpretação conforme a Constituição. Embora a Lei 10.035/2000 tenha se referido originalmente à execução dos créditos previdenciários decorrentes de **condenação ou homologação de acordo** (artigo 876, par. único, da CLT), é certo que a Constituição da República não fez essa distinção, antes (artigo 114, § 3º) ou depois (artigo 114, VIII) da EC n. 45/2004. Ao contrário, a *Lex legum* estende a competência da Justiça do Trabalho à execução de todas as contribuições sociais decorrentes das *sentenças* que proferir, sem discriminar entre os tipos possíveis (e *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Consequentemente, se quisermos fazer uma *interpretação conforme* do artigo 876, par. único, da CLT (*verfassungskonforme Auslegung*), haveremos de palmilhar a teoria das cargas das sentenças (PONTES DE MIRANDA) e entender que a referência legal à “condenação” quer significar sentença com carga condenatória», qualquer que seja ela (porque das sentenças absolutórias jamais dimanam quaisquer deveres tributários) — inclusive as sentenças meramente declaratórias com condenação em custas²⁵. Do contrário, a exegese do preceito conduzi-lo-á à inconstitucionalidade onde limita, *ex propria auctoritate*, uma competência genuinamente constitucional.

Não por outra razão, aliás, a Lei n. 11.457/2007 – dita “Lei da Super-Receita” – modificou o parágrafo único do artigo 876 da CLT para referir, **textualmente**, a competência da Justiça do Trabalho para recolher as contribuições sociais incidentes sobre o salário-de-contribuição efetivamente pago durante o período de vínculo empregatício reconhecido judicialmente. Daí que, na perspectiva do próprio texto legal então em vigor, o quanto decidido pelo STF no RE n. 569.056-3 (rel. min. Menezes Direito, j. 11/09/2008), e que deu origem à Súmula Vinculante n. 53²⁶, estava dissociado da tessitura legal à altura vigente (e, a indicar

25 Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, **Execução das contribuições sociais...**, p. 78-79.

26 “A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados” (DJe 22/6/2015).

essa incongruência, cite-se o fato de que o voto de S. Ex^a sequer citava a redação então conferida ao parágrafo único do artigo 876 da CLT – dotada, como era cediço, de presunção de constitucionalidade –, como se ela não existisse; com efeito, jamais se cogitou, no texto vertido, de inconstitucionalidade por arrastamento). Ulteriormente, porém, cedendo à intelecção da SV n. 53 – que talvez pudesse ser revisada à luz da Lei 11.457/2007 –, o legislador alterou novamente o art. 876, par. único da CLT, dessa feita por meio da Lei 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), registrado simplesmente que “[a] Justiça do Trabalho executará, de ofício, as contribuições sociais previstas na alínea a do **inciso I e no inciso II do caput do art. 195 da Constituição Federal**, e seus acréscimos legais, relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e dos acordos que homologar” (deixando de mencionar, portanto, os “salários pagos durante o período contratual reconhecido”).

Para mais, e a duas, a solução mais justa e técnica decerto seria – e segue sendo – a mais ousada e vanguardeira (e nem por isso menos técnica): encontrar nas novas competências da Justiça do Trabalho a panaceia para esse dilema, sem qualquer capitulação hermenêutica. E é lá, no inciso LXXII, *b*, do artigo 5º da CRFB, que vamos localizá-la. A pretensão em causa é a de **retificar dados pessoais** que a administração autárquica insiste em conservar defasados, apesar do provimento judicial competente; trata-se, pois, de questionar um ato administrativo *lato sensu* (mais precisamente, uma **omissão administrativa**) que envolve matéria sujeita à competência da Justiça do Trabalho (a saber, a existência ou não do vínculo empregatício e, conseqüentemente, a condição de segurado obrigatório da previdência social²⁷, recebedor de salário-de-contribuição²⁸). Perante tais pressupostos, o remédio constitucional cabível é *de per se* evidente: deverá o interessado, autor na ação reclamationária trabalhista, **impetrar ação de habeas data**, com espeque nos artigos 5º, LXXII, *b*, da CRFB e 7º, II, da Lei n. 9.507, de 12/11/1997, para fazer corrigir os dados mantidos em erronia e assegurar todos os efeitos previdenciários positivos do provimento declaratório e do conseqüente custeio.

Para tanto, bastará fazer a prova de que o INSS se recusou, em instância administrativa, a averbar a contagem do tempo de serviço declarado em sentença irrecorrível, ou que deixou de fazê-lo no prazo de quinze dias a contar do

27 Artigo 12, I e II, da Lei n. 8.212/1991.

28 Artigo 28, I e II, da Lei n. 8.212/1991.

requerimento (artigo 8º, par. único, II, da Lei n. 9.507/1997). Recebido o *habeas data*, seguirá – com adaptações²⁹ – o rito da própria Lei n. 9.507/1997 (artigos 8º a 16), que também regula o direito de acesso a informações no Brasil.

E, nessa alheta, poderia o juiz do Trabalho conceder, de ofício, a ordem de *habeas data*, a exemplo do que se admite em relação ao *habeas corpus*? Em outras palavras, o INSS poderia ser instado *ex officio* a reconhecer o tempo de serviço/contribuição, independentemente da sua condição de parte na relação processual estabelecida, mormente nas ações reclamationárias trabalhistas?

Pensamos que não.

Em primeiro lugar, não há previsão constitucional ou legal para tanto, ao contrário do que ocorre com o *habeas corpus* (artigo 654, § 2º, do CPP); nem tampouco o direito fundamental sob tutela tem a dignidade constitucional da liberdade corporal-espacial (tanto que o artigo 19 da Lei 9.507/97, ao estabelecer a prioridade processual do *habeas data*, ressalva, nessa ordem, as ações de *habeas corpus* e os mandados de segurança).

Em segundo lugar, conceder de ofício uma ordem de *habeas data* para constranger o INSS a averbar, nos registros do reclamante, o tempo de serviço reconhecido em sentença é temerário, na medida em que a sentença pode ser anulada ou reformada, se houver recurso da reclamada. Apenas excepcionalmente, havendo risco sério na demora (*e.g.*, invalidez aliada à penúria), o reclamante poderia obter, *cautelamente* (artigos 798-799 do CPC), uma averbação de tempo que precedesse o trânsito em julgado da sentença.

Em terceiro lugar, enfim, pensamos não se justificar, à luz do princípio da proporcionalidade, o sacrifício do devido processo legal formal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LV e LVI, da CRFB), que são pilares do Estado Democrático de Direito, para dar açada concreção a um direito de retificação que, a par de sua importância geral e contextual, é, sim, passível de exercício *a posteriori*, sem maiores prejuízos para quaisquer das partes interessadas. Já o contrário — autorizar ou determinar a averbação imediata do tempo de serviço/contribuição nos registros do INSS, intimando-o a que simplesmente faça cumprir – é estender os efeitos do julgado a quem não é parte (violando a

29 Assim, *e.g.*, não é de se exigir que a petição inicial preencha todos os requisitos dos artigos 282 a 285 do CPC (artigo 8º, *caput*, da Lei n. 9.507/1997); parece-nos bastar que, na esteira do processo trabalhista de rito comum (ordinário, sumário, sumaríssimo), estejam atendidos os pressupostos mais amenos do artigo 840, § 1º, da CLT. Já a alternativa da oralidade (artigo 840, § 2º) assemelha-se, *in casu*, fora de cogitação.

norma do artigo 472 do CPC) e empenhar, sem contraditório ou ampla defesa, um patrimônio que, ao cabo e ao fim, não pertence ao INSS (gestor), mas à coletividade: beneficiários, segurados, assistidos etc³⁰.

30 Há, porém, outras teses, que vão além da mera possibilidade de concessão de ofício do *habeas data* para averbação de tempo e chegam mesmo a admitir a condenação direta do INSS, na sentença trabalhista, a pagar determinado benefício. Veja-se, a respeito, a belíssima sentença prolatada na 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí, no segundo semestre de 2005, pelo eminente juiz Jorge Luiz Souto Maior: “Assim, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 18, § 1º, da Lei n. 8.213/91, na parte em que exclui do empregado doméstico o direito à recepção dos benefícios acidentários, incluindo a não exigência de carência, declaro o direito da reclamante a receber o auxílio-doença acidentário desde 17 de março de 2005, quando, comprovadamente, acidentou-se no trabalho. Chega-se, portanto, a questão intrincada dos efeitos jurídicos dessa declaração: Ela vincula o órgão previdenciário? Este juízo é competente para declarar tal direito? Em uma análise apressada vai se dizer que: primeiro, a questão foge da competência da Justiça do Trabalho, pois se trata de uma questão previdenciária; e, segundo a decisão, mesmo se competente o juízo, não vincularia o órgão previdenciário, visto que ele não participou da relação jurídica processual em que a declaração foi proferida. Mas, diante do que dispõe a EC n. 45, o resultado não pode ser este. Lembre-se, inicialmente, que a Justiça do Trabalho é competente para cobrar as contribuições previdenciárias que decorrem de sua decisão. Ora, esta competência inquestionável da Justiça do Trabalho, gera um benefício ao INSS, que não mais precisa valer-se de um processo administrativo para constituição do executivo fiscal, para cobrar seu crédito. Vale-se da decisão judicial e dos próprios autos para exigir seu direito, que, aliás, nos termos da previsão legal trabalhista, executa-se mesmo *ex officio*, ou seja, sem o impulso do ente previdenciário, que, no fundo, acaba apenas verificando se a contribuição foi integralmente recolhida. Ora, se a ideia, para negar direitos, é a comutatividade, ou seja, se não há benefício sem contribuição, por via de ordem lógica, não se pode conceber o direito a arrecadar sem a contrapartida da obrigação da concessão dos benefícios correspondentes. E, se a arrecadação se vale da via judicial para haver seus direitos, não se pode imaginar que o contribuinte tenha que ser forçado a buscar, primeiro, a via administrativa para haver seus direitos correspondentes, onde, como a realidade demonstra, sua condição de ser humano é, em geral, negada, para somente depois ingressar com ação própria na Justiça Federal para tanto, suportando novo e tormentoso caminho processual (que pode incluir o martírio do precatório). Chegar a esta conclusão é retomar o Estado absolutista, que não conferia ao cidadão um direito que pudesse exercer contra o próprio Estado. O Estado de Direito, na teoria, é a reversão dessa ordem, mas, infelizmente, na prática, o Estado pode tudo e o cidadão que sofra nas raias da burocracia criada pelo próprio Estado para inviabilizar que o cidadão o atinja. **Como integrante de um órgão estatal, democrático e acessível, como é a Justiça do Trabalho, não me imagino participando desta farsa e este, aliás, é o grande benefício que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pode trazer para a sociedade: o de fazer com juízes (os trabalhistas) que têm bem nítida a importância dos princípios dos direitos sociais sejam chamados a interpretar e aplicar leis cujo objetivo parece ter sido o de negar vigência aos direitos humanos.** Assim, decorrendo da controvérsia fática existente nos autos alguma contribuição previdenciária (mesmo da declaração da relação de emprego) esta Justiça do Trabalho é competente para a sua cobrança, em prol do INSS. Mas, consequentemente, no caso de advir desses mesmos fatos algum direito previdenciário (como, por exemplo, a contagem do tempo de serviço, ou melhor, o tempo de contribuição), este pode e deve ser declarado e exigido do INSS, nos mesmos autos em que se obrigou o pagamento da contribuição previdenciária. Em suma, ao quererem fazer da Justiça do Trabalho um órgão arrecadador terão, em contrapartida, como efeito, a atuação social da Justiça do Trabalho que é, ademais, sua verdadeira vocação. Desse modo, **determino que o INSS pague à reclamante seu benefício previdenciário, auxílio-doença acidentário**, a partir de 17 de março de 2005, no prazo de 05 (cinco) dias, **por se tratar de**

Sob a iniciativa do interessado, todavia, continuamos a entender plenamente viável – e, inclusive, tecnicamente mais adequada – a impetração do *habeas data* pelo trabalhador, na própria Justiça do Trabalho (CRFB, art. 114, IV), em face da União, que é a pessoa jurídica a titularizar o respectivo cadastro de informações. Trata-se, a propósito, do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), criado pela Lei 8.490/1992, destinando-se a “registrar informações de interesse do trabalhador, do Ministério do Trabalho (MTb), do Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS e da Caixa Econômica Federal (CEF)” (Decreto 97.936/1989, art. 1º) e que também é, indiscutivelmente, um banco de dados de origem e acesso públicos³¹. A alternativa que hoje se revela no meio forense, de outra parte, tem passado pela **impetração de mandado de segurança na Justiça Federal** (CRFB, art. 109, I), pelo qual se obtém ordem mandamental para que o período de vínculo empregatício reconhecido na Justiça do Trabalho (e o respectivo tempo de contribuição) seja(m) reconhecido(s) pelo INSS para fins de carência previdenciária e concessão dos respectivos benefícios. Noutras palavras, maneja-se um *writ* para conferir eficácia plena à sentença judicial dimanada pela autoridade constitucionalmente competente para reconhecer o liame empregatício (e, logo, a condição do reclamante como segurado obrigatório da Previdência Social, *ut* Lei 8.212/1991, art. 12, I, e Lei 8.213/1991, artigo 11, I). Uma inescusável *capitis deminutio* para a Justiça do Trabalho, com todas as vênias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia ora perfilhada, a rigor, não é nova. Sob os mesmos pressupostos acima escrutinados, já havíamos defendido, perante o XIV Congresso Nacional

verba de natureza alimentar, sob pena de sequestro da quantia correspondente. Intime-se o INSS local, por Oficial de Justiça, para o fim em questão” [grifo nosso]. De nossa parte, conquanto pareçam claras — e em boa medida acertadas — as premissas ideológicas do *decisum*, discordamos da conclusão, já que, a nosso sentir, os direitos previdenciários derivados da sentença devem ser buscados pela via processual própria (autônoma), a despeito de eventual duplicidade de feitos ou “demora” (que, afinal, também tensionará a nova via, à mercê dos incontáveis recursos e remédios que o INSS empregará e da compreensível resistência dos tribunais do trabalho). Em matéria de direitos fundamentais, cremos ser melhor perseguir a efetividade, a médio prazo, que o arroubo imediatista, mas sem seguimento.

31 Na verdade, a Lei n. 8.490/1992 ampliou o antigo Cadastro Nacional do Trabalhador (CNT), criado pelo Decreto 97.936/1989 (revogado pelo Decreto n. 10.810/2021), para transformá-lo no atual CNIS.

dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Manaus, abril de 2008), tese lavrada com o seguinte teor:

1. À luz da teoria dos poderes implícitos, a Justiça do Trabalho é competente para a determinação *ex sententiae*, em caráter mandamental, da averbação de tempo de serviço e contribuição decorrente de sentença trabalhista declaratória de vínculo empregatício (artigo 114, I e VIII, da CRFB).
2. Uma vez que o juiz deverá decidir, de modo uniforme, tanto as pretensões declaratórias e condenatórias deduzidas em face do indigitado empregador como a pretensão mandamental em face do INSS, dá-se, em tese, hipótese de litisconsórcio passivo necessário e unitário (artigo 47/CPC).
3. Citado o INSS para responder à pretensão mandamental do reclamante, oportuniza-se o exercício do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRFB), razão pela qual a Autarquia não poderá se escusar dos efeitos vinculantes da sentença.

A tese foi ulteriormente aglutinada com outra, que previa os procedimentos formais para que os recolhimentos previdenciários efetuados nas execuções trabalhistas aproveitassem ao trabalhador, na perspectiva dos seus direitos previdenciários. E, por fim, foi aprovada à unanimidade na plenária do evento.

Daí entendermos que, na perspectiva da máxima instância associativo-deliberativa dos juízes do Trabalho brasileiros, tornou-se indiscutível a competência material da Justiça do Trabalho para **determinar** a retificação dos registros do CNIS, quanto ao tempo de serviço e contribuição do trabalhador que teve seu vínculo empregatício reconhecido em juízo. E poderia fazê-lo inclusive **incidentalmente**, em sede de reclamação trabalhista, desde que o INSS fosse citado. A tese do provimento mandamental incidental teve relativo respaldo em tribunais regionais (v., e.g., TRT 15ª Reg., Processo 00255-2004-003-15-00-1 RO, Ac. n. 053245/2006-PATR, rel. Lorival Ferreira dos Santos, 29/11/2006), mas foi depois refutada em precedentes do TST (v., e.g., TST-RR-227/2007-043-015-00.6, min. Dora Maria da Costa). Já a tese do *habeas data*, aqui defendida, ainda não foi concretamente examinada pelo TST. Oxalá venha a sê-lo, em algum momento.

De todo modo, a se admitir ou não aquela competência material incidental, parece indene de dúvidas que, em sede *principaliter* – i.e., no manejo do *habeas data* pelo próprio trabalhador interessado –, poderá igualmente o juiz do Trabalho, no exercício da competência material resultante do inciso IV do artigo 114 da Constituição, conhecer do *writ* e o prover, garantindo ao cidadão aquilo que a *Lex legum* lhe prometera no inciso LXXII do artigo 5º: a **correção**

das informações pessoais nos bancos de dados de caráter público, à luz do quanto decidido pelo ramo judiciário competente para declarar a condição de empregado (e, logo, a condição de segurado obrigatório da Previdência Social), que é a Justiça do Trabalho.

5. REFERÊNCIAS

BEBBER, Júlio César. **Mandado de segurança, habeas corpus, habeas data na Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BELTON, Robert. AVERY, Dianne. **Employment discrimination law: cases and materials on equality in the workplace**. 6. ed. St. Paul: West Group, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Execução das contribuições sociais na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PORTO, Marcos da Silva. Direito do Trabalho e direitos humanos na sociedade pós-industrial: a afirmação histórica da dignidade humana nas relações de trabalho. In: **Revista Anamatra**. Brasília: Anamatra, outubro/2003. n. 45.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

LÜKE, Gerhard; WALCHSHÖFER, Alfred (Hrsg.). **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen**. München: Verlag C. H. Beck, 1992. Band 1.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVA, José Roberto Dantas. **Tutela de urgência no processo do trabalho**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho: Individual e Coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

**A MEDIAÇÃO
DE CONFLITOS
TRABALHISTAS:
UMA ANÁLISE DA
ABORDAGEM DO
CEJUSC-JT/OLINDA
À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS**

Ana Cristina da Silva

Mestra pelo Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (PPGDH) da Universidade Federal de Pernambuco. Juíza do Trabalho; e-mail: anacris.silva1305@gmail.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8486736976630003>.

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado a partir da pesquisa empírica realizada como requisito para obtenção do título de mestra no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (PPGDH) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que teve por objetivo analisar a efetividade da prática da mediação para a solução de conflitos trabalhistas, elegendo-se como unidade-caso o CEJUSC-JT/Olinda, em Pernambuco.

Neste estudo, será apresentado um dos recortes da referida pesquisa que reside em considerar a mediação de conflitos como mais uma possibilidade à solução dos litígios trabalhistas para superar a racionalidade e o normativismo jurídico e humanizar o Direito, os conflitos e relações intersubjetivas.

A estrutura do Poder Judiciário, voltada primordialmente para a imposição do direito constituído legalmente e para administrar a justiça, instrumentalizada pelo processo judicial, não tem conseguido lidar com o afluxo significativo de litígios nem tampouco com a alta conflituosidade e complexidade que permeiam as relações sociais. Revela-se obsoleta e sobrecarregada, visto que não corresponde aos anseios apresentados pelos indivíduos, o que provoca a desumanização do conflito, quando judicializado (ORSINI; SILVA, 2016; CENI; MARTINS, 2019).

Como o processo judicial é indiferente às aspirações pessoais, à própria perspectiva subjetiva de justiça, atém-se fundamentalmente aos fatos e às questões de direito, não permitindo que as partes aprendam com as divergências que enfrentam diariamente. Aliás, o conflito já se converte em litígio (conflito judicializado), sem possibilitar que os atores envolvidos reconheçam os aspectos positivos que podem advir do conflito, tais como a capacidade que têm de se autodeterminarem em relação e com os outros, para que possam produzir diferenças e realizarem uma tomada de decisões sem a intervenção de terceiros (WARAT, 2004).

O litígio revela a dificuldade das partes em lidarem com o problema ou cerne da questão, objeto da ação judicial, que quase sempre desafia a racionalidade hermética do direito positivo moderno.

De um modo geral, a modernidade moldou uma racionalidade que objetiva dar conta de explicar a natureza, os seres humanos e suas interações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, por meio de processos lineares, fundados num pensamento simplificante incapaz de compreender a complexidade da realidade antropossocial (SERRER; LUCAS, 2020; WARAT, 2004).

Sob a influência dessa racionalidade jurídica, a ciência do Direito transformou-se numa redutora de complexidade, convertendo os seres humanos em sujeitos de direito, os conflitos em demandas judiciais e os acontecimentos da vida em fatos jurídicos. Os juízes passaram a observar toda uma processualística com vistas a decidir ou promover a pacificação social, ainda que tenham que se valer da força que lhes foi legitimamente outorgada pelo Estado (SERRER; LUCAS, 2020).

Ocorre que os conflitos, na maioria das vezes, nutrem-se de uma constelação afetiva que é característica do ser humano contemporâneo, impedindo-o de tomar consciência sobre o evento conflitivo. Noutras, constituem matéria-prima de uma micropolítica, fazendo que os indivíduos sejam manipulados, refreados, incentivados, modelados, segundo os interesses hegemônicos (KEHL, 2020).

Por essa argumentação de abordagem, merece ser considerado o fato de que muitas disputas envolvendo trabalhadores e empregadores frequentemente decorrem da frequente prática de atos discriminatórios por parte do empregador, de violação de direitos da personalidade do empregado (LEITE e SANTOS, 2016). Significa dizer que os conflitos trabalhistas contemporâneos não possuem uma vertente meramente econômica, mas também, um viés político, social e comportamental. E quando atingem um elevado patamar de desequilíbrio, aumentam os índices de confrontos nas outras esferas do relacionamento humano (ARAÚJO, 2003).

Diante desse cenário, o tratamento dos conflitos sob uma perspectiva contemporânea não pode restringir o enfoque na racionalidade hermética do Direito. A solução perpassa a seara do próprio Direito, exigindo-se dos seus operadores a apropriação de saberes de outras áreas de conhecimento, quais sejam, da pedagogia, da psicanálise, da psicologia, da filosofia, para que possam compreender a sua função não como meros aplicadores da lei dentro de uma lógica dedutiva, mas permitir considerarem uma interpretação subjetiva da legislação (WARAT, 2004; NALINI, 1994).

Essa contemporânea fenomenologia enseja uma profunda reavaliação acerca dos métodos de solução dos litígios, o que implica um repensar sobre o critério legitimante da justiça estatal e da performance dessa função estatal. Dito de outro modo, não se trata de ver o Judiciário apenas (não mais) como um Poder, mas como um sistema que funciona em termos de custo-benefício do produto ao final apresentado, de modo a preservar o sentido do justo, empregando tempo razoável e sem onerosidade excessiva (MANCUSO, 2014).

A reavaliação passa pela compreensão do que hoje se deva entender por acesso à justiça, estabelecido não apenas no art. 5º, XXXV, da CF/88 como também no art. 3º do CPC que conferiu garantia de acesso à justiça de forma mais ampla, para além dos limites do Poder Judiciário, a quem incumbe prestar a jurisdição, mas não como um monopólio (PINHO, 2019).

Deve ser considerada, ainda, que a perspectiva de solução efetiva do conflito passa pela exigência da resignificação da atuação do Poder Judiciário de forma a corresponder, em quantidade e qualidade, às exigências que os conflitos trazem (WATANABE, 2019). Equivale dizer que passa pelo processo de humanização do Poder Judiciário e da sua jurisdição em correspondência à figura do magistrado(a) como cidadão(ã), como ser humano sensível e comum bem como ao local geográfico que permita aos envolvidos construir um espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos (WARAT, 2018).

Entende-se que o acesso à justiça é democratizado. Não do ponto de vista do mero acesso, da possibilidade de ingresso, da propositura de ação, mas sob a ótica da construção de uma decisão considerando os interesses e as expectativas das partes, o que pode ser possível por meio do emprego dos métodos consensuais de solução dos conflitos, tais como a conciliação e a mediação.

A mediação de conflitos reclama um repertório diverso não disciplinarizado, flexível, do qual as partes se valem para elaborar, transformar ou resolver seus problemas com o outro (WARAT, 2018).

Implica administrar proativamente os conflitos, deslocando-se o foco da abordagem instrumental e técnica para aquela atitudinal, assentada em valores, princípios, crenças e conceitos consolidados, alinhada a referenciais de cariz humanístico, emprestando autenticidade ao tratamento (MATOS, 2014).

Essa nova concepção de acesso à solução mais individual para cada conflito, com possibilidade de que o instrumento mais adequado seja empregado na solução do caso concreto específico, vem ganhando espaço nos Tribunais e em suas unidades jurisdicionais de todo Brasil (ZAPPAROLLI e KRAHENBUHL, 2012).

Seguindo esse direcionamento, a Justiça do Trabalho, por meio da Resolução n. 174/2016 do CSJT, passou a fortalecer a prática da conciliação e a difundir a da mediação para a composição dos conflitos individuais trabalhistas, em alinhamento a regulação do CNJ, por meio da Resolução n. 125/2010 e à agenda 2030 da ONU, que instituiu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS).

No contexto do Judiciário, destaca-se o ODS 16, que se refere ao compromisso em proporcionar o acesso à justiça para todos, prevenir litígios e adotar

soluções consensuais para os conflitos, o que se refere tanto ao fomento de meios extrajudiciais para a prevenção e para a resolução negociada de conflitos, com a participação ativa do cidadão, como também, abrange as parcerias entre os Poderes a fim de evitar causas judiciais e destravar controvérsias existentes, consoante disposto na Resolução 325/2020 do CNJ (BRASIL, 2020).

Em face desse contexto, o problema norteador deste trabalho é: como a mediação de conflitos potencializa a humanização do direito e dos conflitos trabalhistas?

Para responder ao problema proposto, objetiva-se no presente trabalho analisar o potencial da prática mediatária para a humanização do Direito e dos conflitos trabalhistas, moldura utilizada na experiência do CEJUSC-JT/OLINDA-PE.

1. O ACESSO À JUSTIÇA E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Por muito tempo, o Poder Judiciário assumiu o protagonismo da jurisdição, em razão da leitura reducionista do dispositivo constitucional que assegurou o acesso à justiça como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, assim, dispendo em seu art.5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E, assim, introduziu a ideia de que o Estado pudesse julgar toda e qualquer demanda, desencadeando uma cultura demandista que converteu o judiciário num desaguadouro geral e indiscriminado de demandas, das mais simples até as mais complexas, incapaz e ineficiente para pacificá-las (MANCUSO, 2014).

Nesse cenário, o Poder Judiciário vive hoje uma crise não apenas estrutural e paradigmática, em razão do grande afluxo de processos, litigiosidade das relações sociais e inadequação do método tradicional de solução dos conflitos (sentença judicial), mas também subjetiva “ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais lidarem com as novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também uma mudança cultural e de mentalidade”, especialmente no modo como os conflitos são tratados atualmente (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012, p. 25).

A humanização do Direito e da jurisdição e, bem assim, a utilização dos métodos autocompositivos (a mediação e a conciliação) vêm sendo os mecanismos para superar a crise e alcançar uma resposta processual para o tratamento adequado dos conflitos (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012).

Por força da Resolução n. 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), foram pensados e fortalecidos os referidos métodos consensuais para o tratamento dos litígios, com a sua prática nos espaços dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSCs), um *locus* democrático que permite aos envolvidos construir um espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos.

Nessa toada, foi conferida a possibilidade aos cidadãos de decidirem se querem continuar enfrentando a solução do conflito sob a fórmula: vencedor *versus* perdedor, a necessidade de um terceiro para conceder ou não o julgamento; ou se querem resolver seu conflito por meio de outros mecanismos idôneos e legais, como a mediação (TORRES OSORIO, 2013).

Numa definição direta e simples da mediação, Mauricio Godinho Delgado a defende como “a conduta, pela qual, um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo, instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes” (DELGADO, 2015, p. 1.540).

Trata-se de uma forma consensuada de tratamento de conflitos, pois o terceiro, chamando mediador, possui o poder de decisão limitado (não autoritário), auxiliando as partes envolvidas no conflito a alcançar um acordo de forma voluntária, mutuamente aceitável. O mediador não se preocupa em decidir, ao contrário do juiz, oferece às partes a liberdade para discutir a sua disputa. (GIMENEZ; VETORETTI, 2013, p. 51)

Warat (2004) define a mediação sob diversos aspectos: como uma possibilidade de transformação dos conflitos que acenem a uma melhor qualidade de vida das partes; como uma forma alternativa de solução de conflitos que escapa do normativismo e aponta para a satisfação das partes dentro de uma proposta por elas estabelecidas; como um instrumento de realização da autonomia, da cidadania e democracia, vinculando-se à capacidade que as pessoas têm de se autodeterminarem em relação e com os outros para que possam produzir diferenças; como estratégia pedagógica que permite que os indivíduos encontrem no conflito um sentido, que possibilite a compreensão da diferença a partir do outro, humanizando as relações interpessoais.

A mediação possibilita a humanização do Direito e a concretização do viés democrático, proporcionando o empoderamento pessoal dos envolvidos no conflito e a autonomia por meio do diálogo (CENI; MARTINS, 2019).

Diversamente, o método tradicional de solução de conflitos, por meio da sentença judicial, não vem sendo a forma mais eficaz, pois, produz satisfações diferentes para as partes, agravando o conflito, visto que geralmente uma delas sai demasiadamente insatisfeita. O juiz não resolve o conflito real, mas apenas o aparente, gerando uma sobrevida do conflito após a “solução” da lide. Dito de outro modo, o juiz não alcança a raiz do conflito que o decide de maneira exegética das normas (TORRES OSORIO, 2013). Muitas vezes, intensifica o quadro preexistente pelo acirramento das posições conflitantes, perenizando o conflito.

Como os operadores do direito atribuem conceituam o conflito como um litígio, algo que deve ser evitado e que representa uma visão negativa do mesmo, o consideram como uma controvérsia, algo que se reduz a questões de direito ou patrimônio, jamais pensam o conflito em termos de satisfação (WARAT, 2004).

Não existe no Direito uma teoria do conflito que o considere como uma forma de produzir, com o outro, a diferença. Ou seja, considerar “o conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença” (WARAT, 2004, p. 61).

Ao reverso, desconsideram-se os sujeitos escondidos por trás do processo, aos quais não se dá voz, não existindo um respeito estatal por suas individualidades (emoções e afetos). O Estado, pelo mero exercício do poder, avoca para si a missão de decidir “[...] com autoridade de impor e coagir, diga-se, violentar as partes” (MENDONÇA, 2012, p. 110).

No processo judicial, ainda, o juiz decide analisando os enunciados das partes (as pretensões formuladas na inicial ou na contestação) que nunca revelam os seus propósitos. Já na mediação, existe a possibilidade de as partes encontrarem ou identificarem as verdadeiras intenções (desejos, querereres) (WARAT, 2018).

Em um procedimento contencioso, o juiz decide a partir das provas e argumentos das pretensões das partes, dentro de um ritual inflexível, em que se algum dado é esquecido não há mais como corrigir o esquecimento, ao passo que na mediação, o dado faltante ou o esquecimento pode ser introduzido, visto que as partes se valem de todos os mecanismos que considerem necessários para elaborar, transformar ou resolver seus problemas com o outro. Não existe condenação por não resolverem a desavença (WARAT, 2018).

Outro diferencial entre a decisão judicial e a mediação reside no aspecto da linguagem. Na sentença a linguagem é normativamente regulada enquanto na mediação há um trabalho do conflito em seu devir, desmanchando a lide,

decompondo-se os conteúdos conflituosos, aproximando os conflitantes que perdem suas identidades antagônicas (SPENGLER, 2010).

Como se observa, algumas diferenciações e nuances entre os dois métodos de resolução de conflitos podem ser compreendidas para reforçar que acertadamente a mediação de conflitos foi alçada como instrumento de fortalecimento e melhoria de acesso à justiça ou à “ordem jurídica justa” (WATANABE, 2019, p.3) e, bem assim, de amenizar os efeitos da crise da jurisdição contenciosa do Estado ou da “administração da Justiça” (SANTOS, 2011).

Não se defende que a mediação deve suplantar o meio tradicional de solução de disputas, que é a sentença judicial, mas torná-la um método integrativo, complementar, trabalhando uma cultura do consenso e mais democrática, com a participação dos envolvidos (MORAIS; SPENGLER, 2012).

Realiza-se de forma paralela, preventiva ou incidentalmente ao processo, como uma estratégia pedagógica para a prevenção, administração e tratamento dos conflitos, possibilitando que os indivíduos se (re)conheçam para (re)conhecer o outro e busquem no conflito um sentido (CENI; MARTINS, 2019).

É fundamental que se amplie a “compreensão do direito como princípio e instrumento da transformação social politicamente legitimada”, a fim de possibilitar a realização da autonomia das pessoas de modo a intervirem no conflito por meio do diálogo e não do debate, de práticas de atitudes cooperativas e colaborativas e não competitivas e predatórias. Pode ser fator de democratização da função jurisdicional, da vida coletiva e não de autoritarismos (SANTOS, 2011, p. 15).

Dessa maneira, questiona-se a adequação do modelo tradicional de jurisdição para atender às necessidades sociais contemporâneas, cujos conflitos não possuem uma vertente meramente econômica, mas também, política, social e comportamental que, muitas vezes, desequilibram as relações, desencadeando problemas emocionais e físicos (precarização existencial). Significa dizer que a sua solução perpassa a seara do próprio Direito, o que conferiu interdisciplinaridade à abordagem praticada na unidade-caso.

2. METODOLOGIA

Este trabalho originou-se da pesquisa de mestrado da autora, de natureza qualitativa, descritivo-exploratória, com *design* e procedimentos ajustados à delimitação proposta. De fato, foi realizado um recorte na pesquisa empírica realizada para obtenção do título de mestra no Programa de Pós-graduação

em Direitos Humanos (PPGDH) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que teve por objetivo matriz analisar a efetividade da prática da mediação para a solução de conflitos trabalhistas, elegendo-se como unidade-caso o Cejusc-JT/Olinda, em Pernambuco.

No que se refere ao método de procedimento, optou-se pela triangulação metodológica, adotando-se o estudo de caso e o método de levantamento.

A escolha do estudo de caso se deu em razão da conveniência de acesso da pesquisadora aos atores pesquisados (sujeitos envolvidos nos processos), especialmente ao ambiente de coleta.

Já o método de levantamento foi escolhido por dar estrutura, harmonia e lógica ao processo de (multi) coleta.

O processo de pesquisa se deu como segue:

- Observação sistemática dos procedimentos e ambiente;
- Análise processual com vistas a conhecer o conflito;
- Entrevista semiestruturada dos atores sociais envolvidos, assim considerados as partes, advogados e os mediadores;
- Observação das reações e comportamentos antes e depois do processo de mediação;
- Confronto entre observações e relatos;
- Análise cruzada de dados.

A descrição das falas dos entrevistados (dos atores sociais envolvidos) na referida unidade-caso revela-se sigilosa, considerando, o anonimato das informações.

3. A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS: UM RECORTE DA ABORDAGEM PRATICADA NO CEJUSC-JT/OLINDA – DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Inicialmente, antes de passar para apresentação da experiência da mediação praticada na unidade-caso (Cejusc-JT/Olinda), importante elaborar a distinção entre a conciliação e a mediação, ambas praticadas no âmbito do Cejusc.

Embora consideradas como sinônimos por muitos profissionais, a mediação e a conciliação, foram tomadas na pesquisa empírica e no presente estudo, como métodos que possuem objetivos distintos: enquanto a conciliação trabalha com os fatos desencadeadores do conflito visando à formalização de um

acordo, a mediação visa restaurar as relações e empoderar as partes para que decidam qual o melhor caminho a ser seguido e que seja mais satisfatório, sem o foco necessariamente da formalização do acordo (FERREIRA; ROESEL, 2017).

Na conciliação, o conciliador é um negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa aos aspectos meramente econômicos, podendo permanecer ou não inalterada a relação entre as partes. Diferentemente da conciliação, na mediação se trabalha o conflito, auxiliando as partes a redimensiona-lo, considerando as questões psicológicas, sociais e culturais e outras subjacentes ao litígio, causadores do embate entre as partes (WARAT, 2004).

Daí faz-se necessário analisar, inicialmente, os sentimentos dos envolvidos para que, posteriormente, as partes possam estar preparadas para lidarem com as questões práticas, passando à fase da conciliação (MAIA; FERREIRA, 2017).

Feito este introito, apresenta-se um dos recortes da pesquisa empírica realizada como requisito para obtenção do título de mestra no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (PPGDH) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que teve por objetivo analisar a efetividade da prática da mediação para a solução de conflitos trabalhistas, elegendo-se como unidade-caso o Cejusc-JT/Olinda, em Pernambuco.

Sob a perspectiva dos Direitos Humanos, da humanização dos conflitos e do Direito, na pesquisa empírica foram realizadas entrevistas com os atores envolvidos, a fim de apresentar as multipercepções sobre a mediação e a sua abordagem praticadas no Cejusc-JT/Olinda.

Das narrativas dos respondentes, evidenciou-se, como efetiva, a prática mediatória como o novo meio de acesso à justiça e como método adequado de solução de conflitos, podendo resultar em satisfatórias conciliações em espaço informal e acolhedor.

As narrativas dos(as) entrevistados(as) revelaram que os sujeitos em conflito, quase sempre, chegam aos tribunais mergulhados em emoções negativas relacionadas às questões da lide, condição que os tornam refratários ao contraponto ou entendimento diverso daquele por eles fixado. A duração dessas emoções, antes do início do ciclo processual, é suficiente para produzir um esgotamento mental e uma saturação emocional, óbice ao diálogo propositivo e transformador, fundamental à construção de soluções democráticas.

Destaca-se que os conflitos trabalhistas contemporâneos não mais possuem vertente meramente econômica, mas também, um viés político e comportamental que, muitas vezes, que, frequentemente, externalizam emoções destrutivas.

Os motivos ou gatilhos dos conflitos são permeados por emoções negativas e silêncios, o que potencializa a efetividade das práticas mediatárias, já que serenam expressões, resgatando valores, afetos.

Entende-se que a análise dos conflitos ultrapassa o âmbito das questões legais, o que confere interdisciplinaridade à abordagem, sendo necessária a apropriação de saberes de outras áreas de conhecimento, quais sejam, da pedagogia, da psicanálise e da psicologia, que fundamentam os diferentes modelos e práticas mediatárias, a exemplo da mediação Waratiana e da mediação construtivista. Ressalte-se, nesta toada, a psicologia positiva, cujo esteio é a concentração nas emoções positivas, nas perspectivas, valores, expectativas e experiências produtivas, com vistas à satisfação dos sujeitos envolvidos, protagonistas do conflito.

A psicologia positiva desvencilha-se da expectativa reinante de patologização de determinadas reações emocionais, para mirar uma atitude mental mais construtiva, baseada no bem-estar e saúde da pessoa, quiçá disruptiva dos padrões simbólicos de violência. Essa perspectiva plural, não fragmentada, orgânica e desterritorializada também orientou a discussão de resultados (SELIGMAN, 2012; CSIKSZENTMIHALYI, 2020; BORGES, 2017).

As falas convergiram ao destaque da importância da mediação no processo de neutralização dessas emoções negativas por meio da acolhida, do empoderamento e sensibilização das partes envolvidas, qual seja, da humanização das abordagens no âmbito dos tribunais. Vale dizer que o imaginário popular classifica esses ambientes como hostis, o que tensiona e polariza a comunicação.

As abordagens mediatárias não ignoram o conflito, o desconforto social, as dores, as vicissitudes da vida, enfim, o sofrimento humano. Ao reverso, na mediação waratiana e na construtivista, o conflito é visto como uma oportunidade de crescimento e de compreensão sobre nós mesmos e sobre o outro. É o motor de transformação das relações sociais e uma possibilidade de melhorar a qualidade de vida, numa acepção genuína de pacificação. Por esses modelos, adota-se uma perspectiva psicológica e não exclusivamente jurídica, fazendo que o mediador possa reconhecer os sentimentos das partes, auxiliando-as a olharem para si mesmas e a considerarem o conflito como se fosse algo exterior.

São procedimentos humanizados que trabalham, inicialmente, os sentimentos para, posteriormente, lidar com as questões práticas e com os fatos desencadeadores do conflito, dentro de uma lógica da razão, mas também do coração.

No nível subjetivo, estas estratégias são orientadas para promoção de uma escuta empática e para o diálogo propositivo, com vistas à ressignificação do conflito, promovendo o bem-estar, o conforto psicológico, a satisfação das partes envolvidas e a produção das diferenças com o outro. É, assim, uma mediação que se fundamenta:

[...] numa teoria do conflito que não o vê como algo maligno ou prejudicial. A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial, como um potencial construtivo. A vida como um dever conflitivo que tem que ser vitalmente gerenciado. [...] uma forma alternativa (com o outro) de intervenção nos conflitos. (WARAT, 2004, p. 62)

Depreende-se desta referência que as diferenças não devem ser vistas como um problema, mas como algo natural. A mediação não nega a diferença muito menos a neutraliza. Ao contrário, a reconhece e a administra em prol de algo maior.

Esse deslocamento de olhar e perspectiva contribui para a primazia de emoções positivas sobrepondo-se àquelas negativas, comportamento produzido pelo destravamento do diálogo instaurando um ambiente favorável à construção de soluções.

As falas das partes e dos advogados foram consonantes no sentido de que recomendariam o tratamento do conflito nessa abordagem humanística no ambiente do Cejusc e em outros espaços dos tribunais, onde possam ter direito a voz e à escuta e estar solucionando questões que afetam suas vidas.

Um aspecto importante que pôde ser observado nas entrevistas com os advogados é o de que essa abordagem tem provocado ampla e profunda reflexão sobre o modo e qualidade das relações interpessoais, a forma de olhar para o futuro, com a reavaliação de algumas posturas profissionais e pessoais.

As mediadoras entrevistadas colocaram que normalmente as partes chegam para a sessão de mediação bastante tensas, com mágoas, sentimento de injustiça, ressentidas, mas observaram que ao longo e após a sessão, alguns padrões de comportamento e sentimentos são alterados, pois, as partes conseguem conversar sobre amizade, decepção e respeito; em algumas situações as expressões faciais mudam, ocorrendo casos que chegaram a se abraçar.

Por meio das observações de uma das mediadoras, verificou-se que as frases sistêmicas, utilizadas como uma das ferramentas na sessão de mediação,

auxiliaram as partes a terem novo olhar, uma melhor compreensão sobre suas questões-problema. São frases baseadas nas leis da constelação familiar desenvolvidas pelo filósofo e terapeuta Bert Hellinger, que são capazes de levar os envolvidos à reflexão e à tomada de consciência sobre si e sobre as questões que lhe afligem ou que dificultam a tomada de decisões.

As leis sistêmicas ou ordens do amor, como cunhadas por Bert Hellinger, são as leis do pertencimento, da hierarquia ou ordem e do equilíbrio entre o dar e o tomar (receber), que visam identificar o que está em desordem ou os emaranhamentos e promover a ordem sem qualquer julgamento ou rótulo (HELLINGER, 2007).

A apropriação da abordagem sistêmica foi empregada exitosamente em várias situações, destacando como uma das principais, senão a mais importante frase sistêmica “Eu vejo você!” que significa reconhecer o outro como semelhante em sua essência. Significa olhar para dentro do outro, sentir a dor do outro, com compreensão, acolhimento, conexão de vulnerabilidade e com humanidade.

Ainda segundo as mediadoras respondentes, as partes se sentiram contempladas com a Justiça e avaliaram como excelente e muito boa a sua satisfação em relação à solução construída.

O ambiente do Cejusc-JT/Olinda revelou-se de substancial importância para a prática da mediação, seguindo as orientações e padrões de funcionamento estabelecidos pela Resolução n. 174/2016 do CSJT, com a utilização das ferramentas, abordagens e técnicas que fomentam a cultura de paz. Para além da dialogicidade, falas catárticas e construção de acordo, constitui um espaço de cidadania, conferindo às partes e advogados o acesso à justiça, o direito à voz e à escuta, a recuperação, muitas vezes, da autoestima, autodeterminação e o respeito às diferenças.

Além do tratamento cordial dispensado, as pessoas são recebidas no Cejusc-JT/Olinda em mesas circulares, o que remete à conexão, igualdade e participação de todos os envolvidos. Há possibilidade de realização de sessões mais longas, entre 30 a 50 minutos, para o tratamento do conflito. As paredes adesivadas com paisagens relaxantes, permitem que as partes fiquem mais serenas e tranquilas. São disponibilizados café, bombons, docinhos, além de frases sistêmicas, que auxiliam as partes à reflexão e tomada de consciência, dando sentido ao conflito.

Essa iniciativa reflete o entendimento de que é preciso desconstruir a sensação de hostilidade presente nos Tribunais, o que começa com o redesenho e humanização do próprio espaço.

É nessa seara que se desenvolve a mediação humanista no âmbito do Cejusc-JT/Olinda visando, fundamentalmente, obter a pacificação dos litígios por meio da valorização das próprias partes litigantes, fortalecendo aquelas que são menos poderosas por meio de um balanceamento de poder, permitindo-se que todos tenham vez e voz.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recorte apresentado no presente estudo, sobre a análise da abordagem do Cejusc-JT/Olinda, em Pernambuco, sob a perspectiva dos Direitos Humanos, encaminha ao entendimento de que a prática da mediação de conflitos naquele espaço democrático visa conferir um tratamento humanizado aos conflitos, aos envolvidos no conflito e às relações intersubjetivas.

Confere o direito aos atores envolvidos (litigantes, advogados, representantes etc.) a novo meio de acesso à justiça e à ordem jurídica justa, reconhecendo os conflitantes como atores capazes e responsáveis por suas escolhas e que possam jurisconstruir os caminhos possíveis de entendimento e pacificação, fazendo com que compreendam que:

- é possível a solução de seus conflitos por outro método que não seja pela imposição de um terceiro (sentença judicial), mas que podem ser os protagonistas na tomada de decisões sobre as questões que afetem suas vidas;
- os conflitos não se resolvem ou extinguem, mas se transformam, como também, as suas percepções, o modo de ver as questões sob outro ângulo;
- essa transformação advém da adoção de atitudes e práticas colaborativas, cooperativas e não competitivas, predatórias, de dominação, afastando-se os pensamentos e lógicas preconcebidas, preconceituosas;
- o ambiente do Cejusc é o *locus* democrático onde eles têm acesso e voz e podem construir um espaço político de sua identidade, de suas emoções e de seus afetos;

- a solução das suas questões passam pela observância dos direitos de alteridade, dos direitos humanos, reconhecendo-se na diferença do outro e o reconhecendo em sua singularidade;
- o acolhimento pelos mediadores é realizado pela lógica do coração e não apenas da razão, ou seja, que os mediadores sentem sem decidir;
- a justiça ou o ser justo é se colocar no lugar do outro e juntos constroem uma solução, um espaço de reconhecimento de suas identidades, com responsabilidade e autonomia. É a “justiça da outriedade ou a transjustiça” que deve ser concebida como uma conduta ética que visa buscar o alívio para os seus sofrimentos e insatisfações, conferindo uma melhora na qualidade de vida (WARAT, 2004, p. 148);
- a paz e a pacificação dos conflitos é possibilidade de concretização da justiça a partir da compreensão de que consegue lidar ou administrar seus conflitos por meio de práticas não violentas e fundadas nos princípios éticos da alteridade. É encontrar a cura para seus problemas, compreendendo esta dentro da máxima de Bert Hellinger “A cura não significa que a ferida nunca existiu. Significa que ela não controla mais a sua vida”.

Confirma-se com isso que referida abordagem do Cejusc-JT/Olinda sob a perspectiva dos Direitos Humanos, detém um potencial transformador e humanizador dos conflitos, possibilitando às pessoas que analisem e tratem os seus conflitos a partir de suas experiências e da compreensão de que consegue lidar ou administrar seus conflitos por meio de práticas não violentas e fundadas nos princípios éticos da alteridade.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eneida Melo Correia. **As relações de trabalho**: uma perspectiva democrática. São Paulo: LTr, 2003.

BORGES, Evandro. **Psicologia positiva**: uma mudança de perspectiva. Joinville: Clube de Autores, 2017. Série Positiva Psicologia. V.1.

CENI, Caroline Isabela Capelesso; MARTINS, Janete Rosa. Mediação em Luis Alberto Warat: humanização dos conflitos no estado democrático de direito. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 146-161, nov. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n3p146.

CSIKSZENTMIHALYI, Mihaly. **Flow**: a psicologia do alto desempenho e da felicidade. São Paulo: Objetiva, 2020.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2021.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.
- FERREIRA, Maria Flávia Freitas; ROESEL, Claudiane Aquino. A mediação como ferramenta eficaz para o exercício do princípio da autonomia privada. *In*: MORAES, Daniela Marques de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Acesso à Justiça. **XXVI Encontro Nacional do CONPEDI/UFS**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; VETORETTI, Marina. A abordagem ao conflito na sociedade contemporânea: uma análise do poder judiciário versus a mediação. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Coord.). **Acesso à Justiça & Mediação**. Curitiba, 2013.
- HELLINGER, Bert. **Ordens do amor**. São Paulo: Cultrix, 2007.
- KEHL, Maria Rita. **Ressentimento**. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra; SANTOS, Ricardo Goretti. A mediação incidental como meio de solução dos conflitos trabalhistas individuais: a questão da dispensa de trabalhadores detentores da garantia provisória no emprego. **Joaçaba**, v. 17, n. 1, p. 147-166, jan./abr. 2016.
- LIMA, Fernanda. **Mediação construtivista**: uma metodologia brasileira – resultado da fusão entre a teoria e a prática, a técnica e o sentimento. *In*: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario; FELIPE, Ana Paula Faria; MEIRELLES, Delton. **Mediações**: práticas, discursos e reflexões. Niterói/RJ, 2017.
- MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; FERREIRA, Maria Flávia de Freitas. **Mediação: ferramenta eficaz para solucionar conflitos empresariais**. *In*: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario; FELIPE, Ana Paula Faria; MEIRELLES, Delton (coordenadores). **Mediações**: práticas, discursos e reflexões. Niterói: 2017.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MATOS, Francisco Gomes de. **Negociação e conflito**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e mediação de conflitos**. Petrópolis: KBR, 2012.
- MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes. Entre a promessa e a efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, jun./set. 2016, p. 331-356.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação on line e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19.** Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=ht-tp%3A%2F%2Fconhecimento.tjrj.jus.br%2Fdocuments%2F5736540%2F7186707%2FA-MEDIACCAOON-LINEASNOVASTENDENCIASEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOFORCA-DAPANDEMIACOV19&clen=298231> Acesso em: 25 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2011.

SELIGMAN, Martin E. P. **Florescer:** uma nova compreensão sobre a natureza da felicidade e do bem-estar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

SERRER, Fernanda. LUCAS, Doglas Cesar. Teoria da Complexidade e os conflitos inter-subjetivos: novos olhares acerca das divergências de interesses. **Revista Humus.** v. 10, num. 28; RS: 2020. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12425>.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. *In:* SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). **Mediação enquanto política pública:** a teoria, a prática e o projeto de lei. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Teobaldo. **A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos.** *In:* SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). **Mediação enquanto política pública:** o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

TORRES OSORIO, E. **La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva.** Espanha, Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça), Processos coletivos e outros estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** a mediação do direito. Florianópolis: EModara, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAPPAROLLI, C. R; KRÄHENBÜHL M. C. **Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas.** São Paulo: LTr, 2012.

PARTE V
OS DIREITOS
HUMANOS SOCIAIS E O
TRABALHO DECENTE

TRABALHO DECENTE E A PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL: A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE TRABALHO

Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministra do TST. Mestre em direito, estado e constituição, na sublinha internacionalização, trabalho e sustentabilidade – UnB. Membro do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania – UnB/CNPq. Bacharel em direito pela Uni-Anhanguera – Goiânia. Especialista em direito e processo do trabalho pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em docência universitária pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos

Doutora em direito, estado e constituição pela Universidade de Brasília.

Mestre em direito das relações sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUCSP e em Direito Constitucional do Trabalho pela UnB.

Professora titular e coordenadora adjunta do curso de mestrado em direito das relações sociais e trabalhistas do Centro Universitário, Brasília. Pós-doutoranda em derecho laboral pela Universidade de Valência.

Assessora da ministra Delaíde Alves Miranda Arantes do TST.

INTRODUÇÃO

A promoção do trabalho decente, conceito construído pela OIT, e da garantia de um meio ambiente saudável e equilibrado, com respeito à saúde psíquica e física do trabalhador, não prescinde da condenação de práticas de assédio moral. O assédio moral como uma modalidade de violência identificada no ambiente de trabalho tem sido utilizado como ferramenta de gestão para aumento da produtividade no marco do sistema capitalista neoliberal.

No entanto, a Constituição Federal assegura a proteção integral à pessoa humana, incluindo sua esfera material e moral, além de consagrar o valor social do trabalho e a dignidade humana como fundamentos da República.

Soma-se aos preceitos constitucionais elencados a nova Convenção 190 da OIT, adotada em junho de 2019 pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT), que entrou em vigor em 25 de junho de 2021.

Tanto as disposições constitucionais quanto a referida Convenção indicam que o caminho para alcançar o trabalho decente envolve a condenação de práticas de violência no âmbito do meio ambiente do trabalho, seja por medidas preventivas, seja por meio de reparação dos danos causados às vítimas de assédio moral e outras formas de abusos.

O presente estudo procura demonstrar a importância da ratificação da Convenção 190 pelo Brasil como um esforço para o país honrar o compromisso com o trabalho decente assumido pelo Governo Federal brasileiro perante a OIT em 2003.

1. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: UM MODELO DE GESTÃO NEOLIBERAL

De acordo com José Roberto Montes Heloani, o assédio moral foi objeto de estudo em 1996, na Suécia, pelo psicólogo do trabalho Heyns Leymann que, por meio de pesquisa realizada em vários grupos de profissionais, identificou a existência de um processo de “psicoterror”, inaugurando o conceito de *mobbing* (do termo de *mob*, que corresponde a horda, bando ou plebe). Para Leymann, o assédio moral consistiria em um conceito “que se desenvolve em uma situação comunicativa hostil, em que um ou mais indivíduos coagem uma pessoa de tal

forma que esta é levada a uma posição de fraqueza psicológica”.¹ Segundo José Roberto Montes Heloani são características do assédio moral:

[...] a intencionalidade; consiste na constante e deliberada desqualificação da vítima, seguida de sua conseqüente fragilização, com o intuito de neutralizá-la em termos de poder. Esse enfraquecimento psíquico pode levar o indivíduo vitimizado a uma paulatina despersonalização. Sem dúvida, trata-se de um processo disciplinador em que se procura anular a vontade daquele que, para o agressor, se apresenta como ameaça.

Para o autor, “em uma sociedade cuja base cultural fosse a fraternidade, o assédio moral simplesmente não existiria, ou se restringiria às patologias individuais”, no entanto, “enquanto vivermos em uma sociedade que valoriza muito mais a capacidade de competir e vencer do que o altruísmo e a generosidade, com certeza esse tipo de coação moral continuará acontecendo”².

Embora o assédio moral possa se dar em uma perspectiva individual, para o presente artigo destaca-se o uso da violência como estratégia de gestão do trabalho humano, ou seja, como violência organizacional. Essa modalidade de violência tem especial relevo no cenário de dominação social no trabalho proposto pelos mecanismos neoliberais de esvaziamento do caráter protetivo do Direito do Trabalho, de flexibilização de postos de trabalho e precarização dos vínculos de emprego.

Margarida Barreto, pioneira sobre o tema no Brasil, define o assédio moral como “modalidade sutil da violência, suscetível de ser identificada, prevenida e erradicada do mundo do trabalho, na medida em que for dada a visibilidade, intensificado os laços de solidariedade, evitando a naturalização, banalização e barbárie”³.

A gestão por medo, gestão por estresse e por injúria, o estímulo à competitividade sem limites, as cobranças frequentes, os prazos inadequados para metas estabelecidas, o uso de autoritarismo e do desrespeito, que constrange e humilha, todas essas estratégias integram o modelo de gestão capitalista trazido da iniciativa privada e presente, inclusive, no setor público. Essa gestão de trabalho embasada em uma ideologia gerencialista, chamada por Christophe

1 HELOANI, 2004.

2 *Idem*.

3 BARRETO, 2005, p. 9.

Dejour de governança por números⁴, ignora as limitações humanas e utiliza o assédio organizacional como política institucional e ferramenta de gestão, controle e coerção.

Tais condutas são incompatíveis com o que prevê a Constituição Federal de 1988, que reconhece o trabalho como um valor social a ser exercido com dignidade. O valor social do trabalho e a da livre iniciativa são os alicerces da ordem econômica brasileira, previstos no art. 1º, IV, e 170 da Constituição Federal⁵.

Para alcançar o desenvolvimento econômico e assegurar a todos uma existência digna, a Constituição estabelece o respeito a princípios fundamentais, entre os quais o da defesa do meio ambiente – no art. 170, II, aliado ao direito a um meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, conforme art. 200, inciso VIII, e art. 225, da Constituição Federal, todos princípios necessários para o exercício do direito fundamental à saúde – previsto no art. 196, e à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, de acordo com art. 7º, inciso XXI, e da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso II, da Constituição Federal⁶.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, V, estabelece, ainda, ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e o inciso X, que diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Tais dispositivos sinalam a preocupação constitucional com os aspectos materiais e extrapatrimoniais do indivíduo.

Além disso, o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal prevê o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa⁷.

A CLT passou a tratar especificamente do dano moral. A Lei da Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, adotou os artigos 223-B, 223-C e 223-E, que tratam da conceituação de dano extrapatrimonial (que pode ser moral ou existencial), os direitos por ele atingidos e a consequente possibilidade de reparação, embora

4 DEJOURS, 2022.

5 BRASIL, **Constituição 1988**.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

os dispositivos inseridos apresentem um conteúdo discriminatório que está sendo questionado no STF⁸.

No âmbito do ordenamento infraconstitucional, nos artigos 186, 187 e 927, caput, do Código Civil Brasileiro também protegem o indivíduo, inclusive o trabalhador, contra atos abusivos e ilícitos que causem danos, prevendo reparação⁹.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da responsabilidade subjetiva, que depende da configuração de dolo ou culpa do causador do dano, assim, a prova da culpa do empregador pelo quadro de adoecimento do trabalhador vítima de assédio moral consiste no grande desafio para a efetividade do direito fundamental à saúde.

Por fim, destaca-se no âmbito da legislação infraconstitucional a Lei Orgânica da Saúde – Lei n. 8.080, de 1990, que insere, em seu art. 3º, fatores que considera determinantes e condicionantes da saúde, destacando a proteção ao meio ambiente do trabalho¹⁰.

Diante do avançado arcabouço jurídico brasileiro, a organização do trabalho deve proporcionar um meio ambiente que garanta a tutela psicofísica do trabalhador, mediante o cumprimento das prescrições normativas constitucionais e infraconstitucionais, além de tratados, convenções e recomendações internacionais.

2. PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

O sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos vincula os seus Estados Membros a um triplo dever de respeito, promoção e proteção dos direitos humanos, o que envolve todos os seus agentes – Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias, entre outros¹¹.

Cabe ao Estado e seus agentes, dentro de suas competências, o dever de tornar “efetiva a reprovação legal a graves violações de direitos humanos, e, de outro lado, oferecer respostas institucionais adequadas ao impedimento

8 BRASIL, **ADI 6050**.

9 BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

10 BRASIL, **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**.

11 BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 180.

ou, quando não for possível, a adequada punição ao ofensor à proporcional reparação à vítima”¹².

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui grande relevância em relação aos direitos básicos do trabalhador, principalmente em seu artigo 23, que afirma que “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”¹³.

O reconhecimento da vinculação dos particulares ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, incluindo as empresas, está amparado na universalidade desses direitos, “especialmente na Carta da ONU e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que sem a incidência de tais direitos em todas as relações (verticais e horizontais), a universalidade não seria completa”¹⁴.

Apesar de não existir um tratado específico sobre direitos humanos e empresas, o respeito aos direitos humanos pode ser considerado uma obrigação de todos, no entendimento derivado da Declaração de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, que dispõe que “a comunidade internacional deve considerar os direitos humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com igual ênfase”, admitindo-se que as empresas estão inseridas no campo da comunidade internacional¹⁵.

No âmbito do ordenamento jurídico internacional protetor da saúde como direito humano ganha ênfase a Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, que considera que saúde abrange não somente a ausência de afecções e doença, mas também a defesa do indivíduo contra os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente ligados com a segurança e higiene no trabalho¹⁶.

Em 2018, a OIT emitiu um relatório denominado “Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho”, questão que passou a ser considerada central e urgente no âmbito dessa Organização, so-

12 BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 182.

13 **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

14 RAMOS, 2020, p. 317.

15 BELTRAMELLI NETO, 2021, p. 225.

16 OIT, **Convenção 155.**

bretudo em razão da adoção de estratégias gerencialistas impostas pelo neoliberalismo¹⁷.

Na sequência das medidas adotadas para inibir o assédio e a violência no trabalho, em junho de 2019, a OIT aprovou a sua Convenção 190, que entrou em vigor em 25 de junho de 2021.

A Convenção 190 da OIT reconhece que a violência e o assédio no mundo do trabalho atingem a saúde psicológica, física e sexual das pessoas, a dignidade e o ambiente familiar e social.

Admite que a violência e o assédio moral ou sexual no mundo do trabalho levam à violação dos direitos humanos, e constituem ameaça à igualdade de oportunidades, sendo, portanto, incompatíveis com o trabalho decente.

O conceito de trabalho decente consiste em paradigma internacional estabelecido pela OIT e representa a garantia de um trabalho “adequadamente remunerado, exercido em liberdade, equidade e segurança, e capaz de garantir vida digna”¹⁸. Tal conceito se apoia em quatro pilares: “os direitos e princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social”¹⁹.

O Brasil tem um compromisso com a promoção do trabalho decente. Em maio de 2006, o país lançou a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), fruto de um Memorando de Entendimento assinado em 2003, pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Trata-se de um compromisso do Estado Brasileiro e que precisa imediatamente ser retomado após um período de negligência dos últimos governos²⁰, promotores da Reforma Trabalhista e da precarização das condições de trabalho no país.

Estabelecida a importância da busca pelo trabalho decente como um compromisso de Estado, a aplicação da Convenção 190 da OIT mostra-se imprescindível para concretizar tal compromisso, assim como sua ratificação.

A Convenção reconhece o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio, incluindo a violência e o assédio com base no gênero. Admite que a forma com que estruturas sociais e as questões de

17 OIT, **Acabar com a violência e o assédio contra homens e mulheres no mundo do trabalho**.

18 **Agenda Nacional do Trabalho Decente**, 2006.

19 OIT, **Trabalho decente**.

20 **Agenda Nacional do Trabalho Decente**, 2006.

gênero e raça se cruzam tem um papel significativo, pois, além de acentuarem as desigualdades no ambiente de trabalho, são indissociáveis da divisão sexual do trabalho.

Nesse sentido, a Convenção 190 da OIT reconhece que a violência e o assédio com base no gênero afetam de forma desproporcional as mulheres e as jovens, e apontando para a necessidade de uma abordagem inclusiva, integrada e sensível, que inclua as causas subjacentes e os fatores de risco, como os estereótipos de gênero, a multiplicidade, a intersecção das formas de discriminação e a desigualdade das relações de poder com base no gênero e raça.

A Convenção 190 define violência e assédio como “comportamentos, práticas ou ameaças que visem e resultem em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos para os trabalhadores atingidos”²¹.

Os países que ratificam a Convenção passam a ter responsabilidade de promover um ambiente geral de tolerância zero contra essas atitudes patronais prejudiciais aos trabalhadores.

No entanto, apesar de a Convenção 190 ter entrado em vigência internacional em junho de 2021, até agora apenas seis países a ratificaram: Argentina, Equador, Uruguai, Fiji, Namíbia e Somália²². A adesão do Brasil depende da aprovação do Congresso Nacional e da sanção do Presidente da República.

A existência de riscos psicossociais vinculados à organização do trabalho, como cargas de trabalho excessivas, falta de autonomia para tomada de decisões, baixa consideração pelo trabalho das pessoas, rigidez nos procedimentos rotineiros do trabalho, atenção insuficiente à manutenção de boas relações interpessoais como uma forma de violência estrutural são fatores desencadeantes do assédio moral.

Para combater esses riscos, a Convenção 190, em seu artigo 6º, estabelece que cada país Membro deverá adotar leis e regulamentos para definir e proibir a violência e o assédio no mundo do trabalho, incluindo a violência e o assédio com base no gênero. Essa adoção de leis e regulamentos para definir e proibir a violência e o assédio são a expressão da aplicação direta dos princípios prevenção e proteção contra o assédio e a violência. A prevenção e a precaução se dão pela adoção de práticas que visem inibir a ocorrência das violações no âmbito do direito ambiental do trabalho.

21 OIT, **Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho**.

22 IEAL lança campanha para ratificar a Convenção sobre violência e assédio da OIT. App Sindicato.

A realização de Acordos e Convenções Coletivas, a fiscalização e a celebração de Termos de Ajustes de Conduta podem contribuir com a proteção e a prevenção de violências e assédios o ambiente de trabalho.

A Convenção 190 também fala sobre “aplicação e reparação de danos” o que inclui as decisões judiciais e multas. É possível, portanto, pleitear reparação de danos morais e materiais causados à saúde física e mental decorrentes do assédio moral.

Nesse sentido, para assegurar a proteção ao direito da vítima de assédio moral, a prova processual deve se deslocar do eixo da condição da vítima para se aprofundar no método de gestão e suas práticas violentas. Isto porque, a dificuldade em caracterizar o vínculo da doença com o trabalho e de demonstrar a culpa do empregador são obstáculos que inibem a ajuizamento de ações, agravada atualmente, pelo medo da condenação em honorários advocatícios de sucumbência, que atinge até mesmo os beneficiários da justiça gratuita.

Outro aspecto relevante a ser observado nos casos de assédio moral é a condição de fragilidade da vítima, que, muitas vezes, se encontra sem forças para demandar judicialmente a reparação de danos.

Por todos esses fatores, ações preventivas, como acordos e convenções coletivas que estabelecem políticas de controle do meio ambiente de trabalho são essenciais para o enfrentamento do assédio moral.

No Brasil, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, órgão colegiado de composição paritária que objetiva a promoção e a defesa dos direitos humanos, editou em 5 de março de 2020, as Diretrizes Nacionais para uma Política de Direitos Humanos e Empresas, que dispõe, em seu artigo 1º, a necessidade de o Estado adotar diretrizes com o objetivo “orientar e auxiliar na aplicação de normas nacionais e internacionais de proteção dos Direitos Humanos”, incluído “o direito ao desenvolvimento, ao trabalho decente, à autodeterminação e a um meio ambiente equilibrado, incluindo o do trabalho”²³.

Nesse sentido, as condutas empresariais deverão estar de acordo com tais Diretrizes do Conselho Nacional de Direitos Humanos, que, no Capítulo IV, estabelecem:

Art. 7º O Estado tem a obrigação de legislar, respeitar, proteger e assegurar a fruição de Direitos Humanos no contexto das atividades empresariais, pautando sua atuação pelas seguintes diretrizes:

23 BRASIL, **Decreto Lei n. 9.571, de 21 de novembro de 2018.**

I – Regulamentar e fiscalizar a atividade empresarial de modo a cumprir com o conceito de **trabalho decente** e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, tendo em vista que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a **todos existência** digna. [grifo nosso]²⁴

O trabalho decente é tema que desafia a sociedade e deve ser pensado na perspectiva do estado democrático de direito, que preza pela dignidade humano e pelo trabalho como valor social.

A Convenção 190 da OIT soma-se às inúmeras iniciativas da entidade para a promoção do Trabalho Decente, na medida em que visa proteger os trabalhadores do assédio moral como prática de violência no ambiente de trabalho.

No entanto, enquanto não enfrentarmos o assédio moral como consequência de um modelo de gestão que trata o ser humano como peça descartável do sistema de produção, o trabalho decente e a dignidade humana não passarão de retóricas ou promessas constitucionais não cumpridas.

A ratificação da Convenção 190 da OIT é um caminho natural a ser trilhado pelo Brasil em busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com Trabalho Decente para todos e todas.

3. CONCLUSÃO

O conceito de assédio moral desenvolvido a partir da observação de práticas repetidas de violência organizacional adquiriu maior relevância pela implementação do modelo de gestão neoliberal, calcado em metas, competitividade, pressão por produtividade, entre outros métodos empresariais abusivos. O aumento dos casos de assédio moral no atual estágio de desenvolvimento econômico-social da sociedade capitalista neoliberal resultou na edição da Convenção 190 da OIT – Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Assim, tal documento soma-se ao ordenamento jurídico nacional alicerçado na Constituição Federal de 1988, constituindo mais uma norma internacional que corrobora a necessidade de ações concretas para a implementação do Trabalho Decente no Brasil.

²⁴ *Idem*.

A luta pelo trabalho decente, conceito que inclui o respeito a direitos básicos do trabalhador, é compromisso assumido pelo governo federal brasileiro desde 2003, pela assinatura da Agenda Nacional do Trabalho Decente e, a partir da Convenção 190 da OIT, tal Agenda deve incluir o esforço para combater as condutas impróprias no âmbito das empresas, geradoras de assédio moral.

Uma legislação que estimule boas práticas empresariais como as Diretrizes Nacionais para uma Política de Direitos Humanos e Empresas, a fiscalização governamental, a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas, de acordos e convenções coletivas que protejam os trabalhadores de práticas de violência na gestão empresarial e o julgamento e condenação de empresas que pratiquem o assédio organizacional pelo Poder Judiciário são ações que se somam aos esforços da OIT para a implementação do Trabalho Decente.

A ratificação da Convenção 190 da OIT pelo Brasil é medida que se impõe para sinalizar a retomada do compromisso brasileiro com o Trabalho Decente, colocando novamente na Agenda Nacional a implementação de ações em busca da construção de uma sociedade na qual o trabalho dignifique o ser humano.

4. REFERÊNCIAS

BARRETO, Margarida. Assédio moral: a violência sutil. Análise epidemiológica e psicossocial no trabalho no Brasil. 2005. Tese de Doutorado em Psicologia Social. **Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, 2005, Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/17370/1/Margarida%20Maria%20Silveira%20Barreto.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília: **Presidência da República**, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2022

BRASIL. **Decreto Lei n. 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9571.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 dez. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6050.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475570&ori=1>. Acesso em: 16 dez. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 dez. 2022.

DEJOURS, Christophe. Especialista francês defende gestão cooperativa para promover saúde psíquica no trabalho. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/2017/08/especialista-frances-defende-gestao-cooperativa-para-promover-saude-psiquica-no-trabalho>. Acesso em: 17 dez. 2022.

HELOANI, Roberto. Assédio moral: um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. **RAE-eletrônica**, v. 3, n. 1, art. 10, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/raeel/a/mDFpdPcL7gR3Kjvhbtyr4Zw/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 dez. 2022.

IEAL lança campanha para ratificar a Convenção sobre violência e assédio da OIT. **AppSindicato**. Disponível em: <https://appsindicato.org.br/ieal-lanca-campanha-para-ratificar-a-convencao-sobre-violencia-e-assedio-da-oit/>. Acesso em: 17 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Agenda Nacional do Trabalho Decente**. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 190.** Acabar com a violência e o assédio contra homens e mulheres no mundo do trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_725992.pdf. Acesso em: 17 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho**. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf. Acesso em: 18 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho decente**. <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm> Disponível em: Acesso em 28 dez. 2022. <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

APONTAMENTOS SOBRE A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO FAZENDA BRASIL VERDE

Bárbara Ferrito

Mestre em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Juíza substituta do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.
Ferrito.ufrj@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/2930640232151840>.

INTRODUÇÃO

Marcada na história do próprio trabalho, a escravidão apresenta-se como a primeira forma de exploração do trabalho humano pelo próprio homem. Com contornos diferentes, o instituto tem se reinventado, sempre à margem da sociedade, retirando a humanidade do trabalhador, que assume aspectos mais assemelhados à propriedade do que ao ser humano. Essa engenhosidade das formas de explorar o trabalho alheio torna, nos dias atuais, o tópico tormentoso, na medida em que, apesar da concordância sobre a sua existência, a conceituação do trabalho escravo apresenta diversas dificuldades.

O tema assume tamanho relevo que diversos diplomas internacionais, no que pese não pretenderem disciplinar direitos sociais, tratam da questão, muito conectada à ideia de dignidade humana. Não há, porém, um enfrentamento aprofundado dos requisitos e condições para a caracterização do labor em condição análogo, mas meros indicativos, que visam possibilitar a aplicação da norma. Assim, apesar da vagueza do instituto e de suas previsões normativas, este tem tido incidência a partir de uma interpretação integrativa das diversas normas sobre esse tema e outros correlatos, como condições de trabalho e tráfico de pessoas.

Parece, pois, fundamental, em um período de desconstrução da rede de garantia dos direitos do trabalho no Brasil, que se debruce sobre a ideia de escravidão, na dubiedade dos termos utilizados no mesmo sentido, para entender como o operador do direito deve alcançar essa noção de escravidão, dando-lhe, no contexto fático, concretude. Isso porque vemos uma ascensão de diversas camadas de agentes estigmatizados por algum tipo de vulnerabilidade, tornando-os alvos certos para o escravagista.

Nesse aspecto, o presente estudo busca, após enfrentar a questão da jusfundamentalidade dos direitos laborais, examinar o caso Fazenda Brasil Verde, no qual o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cotejando-o com o seu espelho europeu, qual seja, Caso Siliadin, para entender como as Cortes Internacionais tem utilizado as ferramentas jurídicas para suprir a vagueza natural do instituto e torná-lo aplicável a regulação dos casos concretos. Parte da ideia de interpretação integrativa, como método capaz de dotar o agente aplicador de instrumento necessário para suprir a falta de densidade do instituto.

1. DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O tema acerca da existência de um núcleo duro de direitos universais e atemporais não se coloca como uma discussão atual. Há muito as sociedades ocidentais perceberam que, para além dos direitos da comunidade cultural e datada na qual existem, vige uma série de normas básicas, pois visam garantir a própria existência humana. No âmbito internacional, o instituto recebeu o epíteto de direitos humanos.

Por questões didáticas, a evolução dessa gama de direitos passou por um processo de sistematização que o desmembrou em três grupos de gerações²⁵. Apesar de não haver qualquer hierarquia entre tais dimensões, ainda hoje é possível perceber a primazia dos direitos chamados de primeira geração.

Isso porque entre os direitos de primeira dimensão se tem os direitos civis e políticos; as liberdades individuais, que exigiriam apenas um não agir do Estado, no sentido de não obstaculizar o seu exercício pelos seus súditos. Ao lado, estariam os direitos sociais, econômicos e culturais, que demandariam uma atuação positiva do Estado, para fazer convergir as condições fáticas para sua fruição, estando, pois, relacionados ao valor igualdade. Por fim, os direitos de terceira geração seriam aqueles que procuram a tutela da sociedade como uma unidade, pensada coletivamente, em homenagem ao valor fraternidade ou solidariedade.

Nada obstante, essa separação estanque de categorias de direitos humanos não apresenta utilidade prática, na medida em que um direito se coloca como condição para o exercício de outro, independentemente da suposta geração deste ou daquele. Ademais, a espécie de obrigação gerada pelo direito, positiva ou negativa, não influencia na essência do direito, mas apenas nos mecanismos para sua efetivação pelo Estado.

Entre os direitos de segunda geração, insere-se, como direito social, os direitos laborais. São direitos que, ao reger a relação entre trabalhador e capital, visam equalizar a balança do capitalismo, tornando-o possível, uma vez que a liberdade total do mercado conduz a abusos que ameaçam a própria manutenção do sistema de produção de capitais (BAYLOS, 2013, p. 16). Assim, apesar de receber a alcunha de protetor do trabalhador, o direito do trabalho foi forjado para, limitando o próprio processo de exploração, permitir a sua continuidade.

25 Não se olvida a defesa da existência de outras gerações de direitos humanos, mas, para os fins propostos no presente artigo, basta a adoção da corrente mais tradicional, que trata das três dimensões.

No Brasil, dúvida não há sobre a fundamentalidade do direito do trabalho. O constituinte superou qualquer dubiedade ao organizar a Constituição, colocando o rol de direitos trabalhistas inserido no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Esse arranjo não foi ao acaso, mas pensado para incluir os direitos sociais, entre os quais os direitos do trabalho, no núcleo duro do documento constitucional, protegendo-os com o invólucro de cláusula pétreia.

Nada obstante, ainda que assim não fosse, seria possível defender a fundamentalidade desse grupo de direitos. Apesar de incidirem em relações privadas, a existência de desigualdade intrínseca entre trabalhador e tomador de serviço²⁶ faz com que a atuação do Estado se torne necessária para evitar as atrocidades verificadas nos primórdios da primeira Revolução Industrial.

Nesse sentido, a Constituição da OIT, de 1919, marca o tom, ao afirmar, em seu anexo, declaração referente aos seus fins e objetivos, item I, “a”, que “trabalho não é mercadoria”. Assim, as relações de trabalho não podem ser vistas como venda da força de trabalho de um homem para o outro. Ao esvaziar a relação de trabalho desse conteúdo puramente econômico, a Declaração preencheu de significado essa realidade social, demonstrando que o labor está relacionado à própria ontologia do ser humano, sendo, ainda, característica central de sua identidade.

Essa dimensão da relação de trabalho ganha relevo a partir da guinada axiológica adotada pelo direito a partir do fim do século XX, quando assumiu a centralidade dos ordenamentos jurídicos a ideia de dignidade da pessoa humana. Segundo Ingo Sarlet (2012, p. 95), dignidade da pessoa humana constitui, ao mesmo tempo, fundamento e conteúdo dos direitos fundamentais. Diante da relevância que o labor em condições decentes, justas e igualitárias, assume na consecução da realização do homem como pessoa, o imbricamento desses direitos com a própria dignidade da pessoa humana, que fundamenta os direitos fundamentais, passa a ser inegável.

Ultrapassada a questão da natureza jurídica desses direitos, interessante reconhecer a celeuma acerca da sua exigibilidade. Como dito, os direitos de segunda geração demandam, via de regra, obrigações positivas do Estado, que implicam em um gasto de recursos, muitas vezes escassos e limitados. Nada

26 Adotou-se o termo “tomador de serviço” para designar todo aquele que explora o labor de outrem como atividade econômica, uma vez que o direito do trabalho não rege apenas relações de emprego, mas uma miríade de outras espécies de relações jurídicas.

obstante, interessante perceber que todos os direitos geram obrigações positivas e negativas, variando o grau de intensidade desses compromissos conforme a espécie e o conteúdo do direito. Em outros termos: direitos de segunda geração podem ser tutelados por obrigações negativas.

Assim, apesar de existirem limitações fáticas para a implementação generalizada e de qualidade dos direitos sociais, decorrentes da falta de recursos de muitos Estados, isso não inviabiliza a fruição de qualquer direito do trabalho. Ademais, existe um núcleo duro que deve ser respeitado, mesmo em situações de poucos recursos, por serem basilar à dignidade assegurada a qualquer homem. Essa constatação levou à consagração de normas contra o trabalho escravo ou assemelhado em diplomas que tutelavam direitos típicos de primeira geração.

Constatada a fundamentalidade e exigibilidade dos direitos laborais, é possível se debruçar sobre as normas, os casos e as decisões objeto da presente pesquisa.

2. SOBRE O CASO FAZENDA BRASIL VERDE

Em 20 de outubro de 2016, o Brasil foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por negligência na investigação e punição de trabalho em condições similares à escravidão, ocorridos na Fazenda Brasil Verde, localizada no estado do Pará. O processo foi iniciado a partir de denúncia apresentada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil), em 12 de novembro de 1998.

O processo tinha por objeto examinar a atuação do Estado brasileiro no combate ao trabalho escravo rural. No caso, a Fazenda Brasil Verde foi acusada por diversas vezes de exploração de labor em regime de escravidão, de trabalhadores em condição de vulnerabilidade, aliciados em recantos pobres do país, atraídos por falsas promessas e premidos por dívidas insuperáveis, criadas a partir de seu aliciamento. Apesar de o Estado ter realizado diversas operações de fiscalização, o escravagista possuía influência em variados ramos estatais, nas mais diversas esferas de poder, o que possibilitou que este se furtasse à Justiça, malgrado as fiscalizações e constatações alcançadas. A localização afastada do local de trabalho, bem como a apreensão de documentos dos trabalhadores, também facilitou a submissão dos trabalhadores às condições degradantes de labor impostas. Por fim, acusa-se o Estado brasileiro de violação dos arts. 6.1 e 6.2, 5.1, 5.2, 7, 22.1 e 22.3 da Convenção Americana e arts. I, VII, VIII, XI e XIV da Declaração Americana.

A vítima do trabalho escravo rural contemporâneo no Brasil é, em sua maioria, afrodescendente, homem, pobre, com idade entre 15 e 40 anos, oriundo de estados do norte ou nordeste do país, atingidos pela pobreza estrutural e concentração de terra²⁷. Esse quadro remonta à abolição da escravidão, que libertou o escravo negro para o mercado de trabalho, sem lhe conceder qualquer mecanismo de integração digna nesse novo arranjo de exploração da produção, o que o impeliu a se submeter a condições degradantes de trabalho. Vale lembrar que os negros foram expulsos das escolas, do trabalho formal, pelas leis de migração que privilegiou a mão de obra europeia, e da terra, pela Lei de Terras.

A Fazenda Brasil Verde foi alvo de diversas fiscalizações entre 1988 e o fim do milênio, nas quais, apesar das narrativas fáticas acerca das condições aviltantes de trabalho, se concluía pela inexistência de trabalho escravo ou ocorrência de meros ilícitos administrativos²⁸. O processo penal foi iniciado após denúncia de um trabalhador que logrou êxito em se evadir da Fazenda, sendo capaz de relatar à Polícia Federal o procedimento do aliciamento e manutenção dos trabalhadores em regime de escravidão.

Ao enfrentar o mérito do processo, a Corte IDH informa que lhe cabe adotar técnica de interpretação extensiva dos direitos da Declaração e Convenção americanas, fundamentando, ainda, sua decisão, em outros instrumentos internacionais. Com esse exercício hermenêutico, visa a Corte dar concretude ao conceito de trabalho escravo e servidão. Para tal desiderato, a Corte IDH elenca diversas normas internacionais, iniciando pelo artigo 1.1 da Convenção sobre a Escravidão, de 1926, que conceitua o instituto de forma simples. O art. 1º da Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre a Abolição da Escravidão, Tráfico de Escravos e Instituições e Práticas Semelhantes à Escravidão também foi lembrada, bem como o art. 2.1 da Convenção da OIT n. 29, sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório, além de jurisprudência da Corte Europeia e da Corte Penal Internacional, inclusive de alguns tribunais *ad hoc*.

27 Apesar de o artigo tratar da escravidão rural, seu paradigma europeu e os casos atuais exigem que se indique aqui também a existência de trabalho escravo urbano, geralmente de mulheres negras e pobres. Essa interseccionalidade de raça, gênero e classe colocam essas mulheres em grande vulnerabilidade, mormente diante da dificuldade de investigação em razão da inviolabilidade do domicílio, que protege o cativo.

28 Por todos, a narrativa do parágrafo 134 e 138 da decisão enfrentada, no qual se resume o Relatório da Polícia Federal, de 1989, que verificou a existência de labor com pagamento irrisório, "gato", dívidas impagáveis, aliciamento de trabalhadores de outras localidades, mas concluiu pela inexistência de trabalho escravo.

3. SOBRE O CASO SILIADIM

Em 26 de julho de 2005, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso Siliadin vs. France, no qual se debruçou sobre a caracterização do trabalho em condição de escravidão, servidão, compulsório e forçado, bem como as respostas apresentadas pelo Estado para tais condutas. Em razão da matéria tratada, o caso merece exame, a fim de buscar traços que o conecte ao seu paralelo americano, objeto do presente artigo, e permita identificar os instrumentos utilizados para a interpretação e aplicação das normas internacionais.

No processo, uma jovem togolesa de 15 anos de idade fora encaminhada, por agenciamento de um parente de seu pai, para a França, a fim de estudar, com visto apropriado a esse intento. Ali chegando, viu seu passaporte retido, tendo sido obrigada a trabalhar mais de 12 horas por dia, 7 dias por semana, sendo-lhe informado que sua situação seria regularizada tão logo fosse quitada a dívida assumida com o custo da passagem aérea. Após alguns meses, a jovem foi “emprestada” a outra família, para qual prestou serviços domésticos, por mais de 12 horas por dia, 7 dias da semana, sendo autorizada a sair para conduzir os filhos do casal aos seus compromissos escolares e recreativos e, eventualmente, ir à missa, não ganhando qualquer remuneração pelo seu labor. A vítima não possuía acomodação particular na residência, cabendo-lhe dormir no chão do quarto do filho mais novo do casal. Após conseguir escapar, a jovem retornou ao cativo, por influência de familiares em sua terra natal, nas condições já mencionadas. Em uma data não especificada, a jovem saiu da casa e, com a ajuda de um vizinho, apresentou representação contra o casal nas instâncias nacionais.

No Judiciário Francês, o processo tramitou perante várias instâncias, que deliberaram sobre a responsabilidade civil e criminal do casal, por obter, de julho/1995 a julho/1998 serviços sem pagamento ou com pagamento desproporcional, aproveitando-se de pessoa vulnerável ou em situação de dependência; por submeter um indivíduo a trabalhar e viver em condições incompatíveis com a dignidade humana, aproveitando-se de pessoa vulnerável ou em situação de dependência; e por empregar estrangeiro sem autorização de trabalho, com base nos arts. 225-13 e 225-14, do Código Criminal Francês. Em primeira instância, a vítima logrou êxito parcial, tendo o casal sido condenado a 20 meses de prisão cada um, bem como indenização por danos à vítima, afastando-se, porém, a caracterização da escravidão. Em sede de recurso, a Corte de Ape-

lação de Paris afastou a vulnerabilidade da vítima, desqualificando a conduta dos agentes, que foram absolvidos na esfera criminal. A vítima recorreu, mas não o Promotor Público, o que tornou a decisão, na esfera penal, irrecurável. Na Corte de Cassação, a decisão foi anulada quanto à manutenção do dever de indenizar, por falta de fundamentação. Em outubro de 2003, o Tribunal Industrial de Paris condenou o casal ao pagamento de salários e feriados laborados.

Na instância internacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos afastou a preliminar de impossibilidade de petição individual, com lastro no art. 34, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por entender que a sra. Siliadin não ostentava mais a condição de vítima. A Corte entendeu que a questão se confundia com o mérito, razão pela qual não a examinou em sede preliminar.

No mérito, a Corte se valeu, em seu julgamento, de diversos documentos internacionais, além dos emitidos por autoridades francesas. Nesse sentido, trouxe à colação extrato de informações da Assembleia Nacional Francesa, sobre a criação de uma força-tarefa contra a escravidão moderna, de dezembro de 2011, no qual se afirma que o Código Criminal Francês, nessa matéria é ambíguo, cabendo à Corte determinar seu significado. Dentro os documentos do conselho da assembleia parlamentar da Europa, a decisão traz enxertos do relatório do comitê de oportunidades iguais para mulheres e homens, no qual constam como principais vítimas do trabalho doméstico escravo são mulheres, vindas do oeste da África ou Oriente Médio, sendo um terço delas menores de idade; da Recomendação 1523, de junho de 2001, segundo a qual a definição de escravidão deriva da opinião e julgamentos da Comissão Europeia de Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos, esclarecendo que não houve tratamento específico para a escravidão doméstica no Código Criminal e trazendo, em seu bojo, uma série de medidas sugeridas para tratar do tema; e, por fim, a Recomendação 1663, de junho de 2004, que apresenta as características da escravidão moderna, recomendado ao Conselho Europeu tolerância zero com a escravidão.

A Corte fez menção, ainda, à Convenção do Conselho da Europa sobre ação contra o tráfico de seres humanos, de maio de 2005, que possui forte preocupação com a questão de gênero, bem como com o tráfico de crianças, trazendo, ainda, o conceito do termo “exploração”.

Da OIT foi mencionada a Convenção n. 29, de 1930, que trata do trabalho forçado ou compulsório, conceituando-os. A Convenção sobre Escravidão fornece um conceito antigo de escravo, que seria a pessoa sobre a qual se exer-

cem direitos de propriedade. Por fim, a convenção suplementar de abolição da escravidão, mercado escravo e instituições e práticas similares a escravidão, de 1956, esclarece a diferenciação entre os conceitos de *truck system* ou *debt bondage*, servidão e outros institutos afins, integrada pela convenção internacional do direito das crianças.

4. SOBRE OS MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO DE NORMA

A interpretação de normas sofreu diversos percalços em sua história. Inicialmente feita de forma inteiramente subjetiva, a partir de opiniões não fundamentadas dos aplicadores, a Revolução Francesa levou ao extremo contrário, criando a figura do juiz como boca da lei, sem qualquer poder de interferir e complementar o conteúdo da norma. Ultrapassadas essas visões conflitantes, é inegável o papel criador da interpretação jurídica, no que pese a existência de diversas teorias sobre como essa interpretação acontece.

Fato é que, no cenário internacional, a existência de múltiplos diplomas, com *status* diferenciados, aliado ao regime jurídico particular de cada Estado, torna a atividade hermenêutica do aplicador da norma medular para a efetividade dos direitos declarados. Assim, o ordenamento jurídico internacional forma, em sua rede entrelaçada de normas, um campo de tutela e proteção de direitos universalmente (ao menos na teoria) indispensáveis ao ser humano.

A pergunta que exsurge inicialmente desse complexo de norma perquire se essas são, de fato, vinculantes, isto é, geram obrigações reais para os Estados-Membros. As normas de direito internacional são classicamente conceituadas como *soft law*, isto é, sem a capacidade de vincular ou criar obrigações. Nada obstante, sem perder esse caráter, tem sido cada vez mais admitida a exigibilidade de condutas efetivas dos Estados-Membros, no sentido de concretizar os direitos declarados nos diplomas internacionais, ainda que não ratificados.

Essa conclusão parte da premissa segunda a qual, ao se vincular a determinado organismo internacional, o Estado-membro se submeteu à busca, por todos os meios a seu alcance, dos objetivos institucionais daquele sujeito internacional. Assim, ainda que sem uma vinculação direta, o Estado-Membro está premido a obedecer aos tratados emanados da entidade internacional. Isso justifica a pluralidade de normas trazidas nas decisões analisadas.

Nada obstante, o complexo de diferentes realidades vividas por cada país forma um mosaico plural e heterogêneo, desaconselhando a adoção de normas

precisas, já que não se inclinam a serem aplicáveis a diversas realidades. Por essa razão, a normas internacionais tendem a adotar um modelo de normas mais flexível, optando por princípios e programas, ao invés de regras, no sentido dworkiano. Como afirma Schauer (2009, p. 201), o legislador pode se valer de normas precisas e delimitadas ou, outra espécie, mais abstrata e genéricas, a depender da situação que pretende regular e dos efeitos visados. Em outras palavras, as duas formas de normas são admitidas, úteis e válidas, cada qual com suas vantagens e desvantagens. No caso internacional, fica clara a preferência pela norma de caráter principiológico, cuja falta de rigidez, permite a sua aplicação nas diversas realidades as quais se destina, quer no combate ao trabalho escravo rural, do nordestino brasileiro, quer ao trabalho escravo doméstico, da imigrante togolesa na França.

No mesmo sentido, Hart (2009, p. 164) afirma:

Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer. [...] Os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas, embora possa minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação.²⁹

Prossegue o mesmo autor (HART, 2009, p. 165), afirmando que a chamada textura aberta é uma necessidade imperativa da linguagem normativa. Isso porque a norma, qualquer que seja a sua natureza, deve deixar a seu aplicador uma margem de decisões que só poderão ser adotadas diante do caso concreto, como uma imposição da nossa própria condição humana. Sugere-se, pois, uma superação do formalismo (HART, 2009, p. 168), permitindo que diversos contextos fáticos, como os vistos nos casos encimados, sejam apreciados a luz das mesmas normas, que proíbem o trabalho escravo.

Desta feita, fica claro que a norma internacional exige exercício hermenêutico, a fim de dar concretude aos seus dispositivos, uma vez que seu desenho linguístico exige textura aberta, capaz de abarcar as diversas realidades nacionais submetidas a sua incidência. Essa qualidade não deve ser utilizada em prejuízo à norma internacional, mas como qualidade, que permite a perfeita harmonia

29 Apesar da distinção se referir à diferença entre legislação e precedentes, as observações elaboradas são perfeitamente transferíveis para o exame abordado neste trabalho, sobre a abstratividade das normas internacionais.

entre seus objetivos e os meios. No caso específico do direito do trabalho, interessante observar que a interoperatividade das normas do trabalho e das relações econômicas, no âmbito internacional têm algo em comum: internacionaliza o direito do trabalho e seus principais institutos (BRONSTEIN, 2013), sendo certo que a análise das relações laborais exige a análise de múltiplos fatores, não sendo, pois, uma única norma suficiente.

5. SOBRE A INTERPRETAÇÃO NOS CASOS INTERNACIONAIS

Os casos examinados gravitavam em torno de um mesmo assunto: trabalho escravo. Apesar de aparentemente diversos, os dois casos têm mais semelhanças do que uma leitura açodada levaria a crer. À primeira vista, o caso Fazenda Brasil Verde trataria de submissão de trabalhadores rurais, nacionais, homens, negros, a escravidão por dívida, ao passo que paradigma europeu aborda a exploração de mulheres, imigrantes, em áreas urbanas.

Ambos os casos, porém, tratam de indivíduos que saem de suas residências para locais distantes (interior de outro estado do país e migração internacional), embalados em falsas promessas de regularização da situação e pagamento de salário e aliciados por terceiros. Ao chegarem ao destino, têm seus documentos apreendidos e se veem presos ao local em razão da sua vulnerabilidade, da retenção de documento, dívidas e ameaças proferidas. Ainda que a vulnerabilidade do caso brasileiro decorra da falta de instrução do trabalhador e do isolamento do local da prestação de serviço, a ideia se assemelha à exploração da condição de imigrante irregular da vítima togolesa.

Ao analisar os casos, as Cortes Internacionais adunaram diversos diplomas de inúmeras origens para densificar o conceito de trabalho escravo. Isso porque, tanto na Convenção Europeia quanto na Declaração Americana de Direitos Humanos, o termo é abordado de forma extremamente vaga. O art. 4^o³⁰ da Convenção apenas proíbe a escravidão, servidão e o trabalho forçado ou obrigatório, trazendo exceções no item 3. No mesmo sentido, o art. 6^o³¹

30 Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 4º: Proibição da escravatura e do trabalho forçado 1. Ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório. 3. Não será considerado “trabalho forçado ou obrigatório” no sentido do presente artigo: [...]

31 Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão 1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a

da Declaração, que fala em escravidão, servidão, trabalho forçado e trabalho obrigatório. Nenhum desses documentos traz, em seu bojo, o conceito dessa espécie de labor, ainda que de forma vaga.

O primeiro obstáculo hermenêutico coloca-se em perceber que o termo escravidão³² designa realidade fenomenológica muito distinta da existente na sua origem. No Mundo Antigo, a escravidão era uma instituição indispensável para o funcionamento da sociedade (FERRARI, 2011, p. 28), recaindo sobre escravos de nascença ou indivíduos oriundos de povos conquistados. Nessa época, o escravo era visto como *res*, coisa sobre a qual seu senhor exercia os poderes de propriedade. Com a invasão das Américas, a escravidão permaneceu como sustentáculo econômico da sociedade, mas adquiriu novos contornos, ao focar na submissão dos nativos e dos povos africanos, sob o fundamento científico da superioridade racial. Esse último cenário consolidou no ideário popular a ideia do escravo negro acorrentado, trabalhando no ritmo da chibata.

Embora não seja aconselhável afirmar categoricamente a superação desse modelo, essa forma de escravidão não é a que se verifica nos dias de hoje. A escravidão contemporânea assume feições menos aflitivas, é dizer, o tronco, a chibata e a senzala são substituídos por métodos mais sutis, posto que, por vezes, psicologicamente mais danosos. Em comum com a escravidão antiga, mantém a retirada da dignidade humana da vítima e o abuso de sua condição de vulnerabilidade, qualquer que seja a sua causa.

Assim, a escravidão moderna alcança os contornos atuais sem uma padronização de método, como se via anteriormente. Isso torna a sua conceituação por um diploma legal, de forma fechada, não muito útil, pois engessa a aplicação da norma que passaria a não ter incidência em diversos casos. Por essa razão, as Declarações e Convenções estudadas apenas proíbem o trabalho escravo, sem tecer maiores detalhes sobre o que seria tal prática.

Para superar essa vagueza normativa, a interpretação integrativa se apresenta como técnica fundamental. Primeiramente, essa interpretação permite a tutela de direitos sociais previstos em normas típicas de direitos civis e políti-

executar trabalho forçado ou obrigatório. [...] 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: [...]

32 O termo escravidão ou trabalho escravo, considerando o escopo do presente artigo, passará a designar de forma indiferenciada todas as feições de exploração indevida do labor humano, representadas nesses documentos internacionais (escravidão, servidão, trabalho forçado e trabalho obrigatório).

cos. Superando uma interpretação exclusiva, que retirava eficácia das normas previstas nos tratados que encampassem direitos sociais, a Corte Interamericana enfrentou matéria eminentemente relacionada às condições de trabalho e relações laborais, a partir da previsão do direito insculpido naquela espécie de diploma. E não poderia ser diferente, uma vez que, como visto, os direitos sociais, em especial o direito ao trabalho em condições adequadas, estão intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, que orienta todo o sistema de direitos humanos. Não é possível, pois, desmembrar a forma de enfrentamento da tutela dos direitos humanos, fornecendo uma proteção fragmentada. A análise da violação desses direitos deve buscar a compreensão completa do fenômeno (MANTOUVALOU, 2013, p. 25).

Para tanto, parte-se da premissa de que esses tratados são, na verdade, “documentos vivos” (CABEZA PEREIRO, 2015), que devem ser interpretados para ter aplicabilidade nos dias atuais (MANTOUVALOU, 2013, p. 33). Para tal desiderato, é possível a utilização de normas provenientes de outras Organizações internacionais ou nacionais, desde que auxiliem na busca por concretude. Nesse sentido, ao tratar de caso envolvendo a Turquia, a Corte Europeia assinalou que, para cumprir esse mister, indispensável se valer dos arcabouços disponíveis no direito internacional, tenha o Estado sob julgamento ratificado ou não o documento, ou ainda que este não seja vinculativo (MANTOUVALOU, 2013, p. 34). Isso significa que a norma capaz de dar densidade à Convenção pode ser não vinculativa ou não ter sido ratificada, pois a obrigação do Estado surge com o próprio ingresso no sistema de direitos humanos.

A plasticidade do fenômeno do trabalho escravo não permite a conceituação rígida, por meio de regras bem delimitadas. Seu conteúdo é e precisa ser fluído, permitindo a articulação com a constante modernização das formas de exploração do trabalho humano. Assim, ao prever a proibição do trabalho escravo, a Convenção Americana de Direitos Humanos afirma o compromisso dos países membros em erradicar qualquer forma de exploração do labor que desconsidere a pessoa do trabalhador, como dotado de relevância axiológica central. Delega, porém, as mais diversas autoridades nacionais e internacionais poderes para tratar da forma e modo de cometimento desse ilícito.

Interessante observar que a natureza fundamental dos direitos sociais, bem como sua efetiva exigibilidade, impõe uma interpretação que aborde os direitos humanos em sua plenitude, sendo o direito ao trabalho em condições adequa-

das apenas uma face dessa miríade que compõe o sistema básico de proteção dos direitos humanos.

Percebe-se, pois, que as Cortes Internacionais têm colocado em xeque essa dicotomia estanque entre direitos civis e políticos, de um lado; e direitos sociais, de outro. Isso porque a interligação desses direitos é inafastável, ao menos em dois pontos sensíveis: trabalho escravo e liberdade de associação. Esses dois institutos, porém, são pontos de acesso de uma forte rede de proteção dos direitos sociais em si. Nesse sentido, Jaime Cabeza Pereiro (2015) afirma que o âmbito das relações laborais é um cenário de justaposição e encontro entre o político e o social.

6. IMPORTÂNCIA DA DECISÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO ATUALIDADE

É inegável que o Brasil passa hoje por crise institucional, que sombreia de dúvida os caminhos do país. Nesse momento de fragilidade, tem-se adotado um alinhamento com o chamado Estado de austeridade, que se “assenta numa ética cínica que confere um caráter excepcional a utilidade do social como fonte de resposta a crise, manifestando, todavia, indiferença quanto aos danos resultantes do aumento das desigualdades, do empobrecimento e do malestar social” (FERREIRA, 2010, p. 120-121).

Segundo Antônio Casimiro Ferreira, o discurso do medo legitima as medidas de austeridade, colocando-as, falaciosamente, como as únicas medidas cabíveis para enfrentar a crise econômica que se avizinha. Nesse quadro, adotam-se medidas que privilegiam o econômico em detrimento do social.

A decisão enfrentada neste artigo ganha relevo nesse cenário, na medida em que afirma que “a pobreza, nesse sentido, é o principal fator de escravidão contemporânea no Brasil, por aumentar a vulnerabilidade de significativa parcela da população, tornando-a presa fácil dos aliciadores para o trabalho escravo”³³.

Percebe-se, pois, que, ao contrário da premissa base do Estado de Austeridade, não é possível privilegiar o econômico em prejuízo das medidas sociais, uma vez que estas se apresentam intimamente relacionadas a aspectos essenciais da dignidade humana. Qualquer medida de Estado deve, pois, atentar para a

33 In decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, de 20 de outubro de 2016, item 340.

humanidade que procura reger, sob pena de instaurar um regime generalizado de escravidão das classes mais simples. Frise-se, por relevante, não se trata de mera precarização³⁴, mas de escravidão, em qualquer de suas formas.

A suposta flexibilização das relações de trabalho, aprovada pela Reforma³⁵, consiste na transferência dos riscos e inseguranças do labor para o trabalhador (GUY, 2015, p. 15), gerando a precarização exacerbada do trabalho. Nesse cenário, de fragmentação do contrato de trabalho modelo em diversas espécies, fazendo com que cada trabalhador tenha um estatuto jurídico com a empresa, retira a solidariedade dos obreiros, aumento a competitividade entre eles. Essa competitividade, aliada à miséria vivida, criará os diversos escravos do futuro próximo.

Previendo o desmantelamento das seguranças no trabalho que seriam enfrentadas pelo operário brasileiro, a CortelDH instou o Estado a “continuar incrementando a eficácia de suas políticas e a interação entre os vários órgãos vinculados ao combate da escravidão no Brasil, sem permitir nenhum retrocesso na matéria”³⁶. Assim, mais do que meramente condenar o Brasil por atos do passado, a Corte dotou sua decisão de claros efeitos para o futuro, ao instar o Estado a permanecer na proteção dos direitos do trabalho, a fim de evitar a escravidão de seus cidadãos.

7. CONCLUSÃO

A integração do direito do trabalho ao espectro protetor dos direitos humanos coloca-se como questão de ordem nos dias atuais. Não apenas em razão da sua proximidade axiológica, como fator efetivo de concreção da dignidade da pessoa humana, mas diante das atuais ameaças que esse ramo do direito tem sofrido. As sucessivas reformas trabalhistas que o Brasil tem adotado representam um verdadeiro desmonte do direito do trabalhador e, por conseguinte, das garantias dos direitos humanos.

34 Para esta autora, a precarização seria medida suficiente para deter o ânimo de desmantelamento dos direitos trabalhistas, mas, não sendo, procura-se novas fronteiras para limitar o furto de direitos.

35 Por reforma, se entende um conjunto de medidas legislativas, que pretenderam modernizar as relações de trabalho, gerando flexibilizando desmedida, tais como as leis n.13.429/17, que trata da terceirização; e n. 13.467/17, que trata da reforma da CLT.

36 In decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde vs. Brasil, de 20 de outubro de 2016, item 470.

Nessa perspectiva, perceber a instância internacional como meio de garantia dos direitos dessa natureza, diante dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, passa a ser fundamental para assegurar direitos que a ordem nacional não mais prioriza. Em outros termos, a esfera supranacional passa a ser caminho apropriado para a tutela furtada do trabalhador, uma vez que institutos do direito do trabalho passam a encontrar eco internacionalmente.

8. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V. Courtis. **Direitos sociais são exigíveis**. Dom Quixote: Porto Alegre, 2011.

BAYLOS, Antonio. Modelos de derecho del trabajo e cultura jurídica del trabajo. *In*: BAYLOS, Antonio (Org.). **Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2013.

BRONSTEIN, Arturo. **Derecho internacional y comparado del trabajo**: desafios actuales. Plaza y Valdes, 2013.

CABEZA PEREIRO, Jaime. La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Derecho Social**, v. 69, enero-marzo, 2015.

FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 95, dezembro 2011, p. 119-136.

FERRARI, Irany. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho** 3. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA JÚNIOR, J. B. O caráter expansivo dos direitos humanos na afirmação de sua indivisibilidade e exigibilidade. *In*: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limond, 2002.

MANTOUVALOU, Virginia. Labour rights in the European Convention on Human Rights: an intellectual justification for an integrated approach to interpretation. *In*: **Human Rights Law Review**, Oxford University Press, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2009.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

RESPONSABILIDADE CIVIL E COVID-19: ANÁLISE EMPÍRICA A PARTIR DO TRABALHO EM EMPRESAS FRIGORÍFICAS

Flávio da Costa Higa

Doutor pela USP. Juiz do trabalho (TRT da 24ª Região).
Membro do grupo de pesquisa "Direitos Humanos
Sociais" da UFMS. *E-mail:* flaviochiga@hotmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6830435343695531>.

Fernanda Antunes Marques Junqueira

Doutora pela USP. Juíza do trabalho (TRT da
14ª Região). *E-mail:* femarques81@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9530891114280834>.

João Marcelo Balsanelli

Desembargador do trabalho (TRT da 24ª Região).
E-mail: jmbalsanelli@gmail.com.

O que é verdade em relação aos males deste mundo é também verdade em relação à peste. Pode servir para engrandecer alguns. No entanto, quando se vê a miséria e a dor que ela traz, é preciso ser louco, cego ou covarde para se resignar à peste.

CAMUS, 2020, p. 120

Depois de mais de dois anos de um “apocalipse sanitário” do século XXI, desventura que já acometeu cerca de 650 milhões de pessoas ao redor do planeta (JHU, 2022), não há como caçar de suas indelévels marcas, pois, “só ri de cicatrizes quem nunca sentiu na própria pele uma ferida” (SHAKESPERARE, 2018, p. 51). A pandemia ceifou milhões de vidas, aniquilou economias e causou grandes padecimentos, principalmente aos mais vulneráveis.

Porém, abominar simplesmente os múltiplos problemas dela decorrentes é inócuo, pois “*é melhor acender uma vela do que praguejar contra a escuridão*” (SAGAN, 2006, p. 7).

Almeja-se, pois, haurir novas perspectivas para a solução de controvérsias no mundo do trabalho.

Uma das intrincadas interrogações a desafiar resposta pronta e adequada do ordenamento concerne à contaminação de trabalhadores no curso da relação de emprego, sua possível caracterização como doença ocupacional e desdobramentos na esfera da responsabilidade civil.

O tema causa alguma inquietação pelo fato de a doença ser de transmissão comunitária (BRASIL, 2020) – *rectius*, ter uma cadeia causal de impossível reconstituição.

Essa afirmação pode estruturar um silogismo de matiz sofista, por meio do qual a dúvida quanto ao local e o momento do contágio (premissa menor) dificulta de modo absoluto a afirmação do nexos causal (premissa maior) e resulta na negação da etiologia ocupacional da enfermidade (conclusão).

A lógica aristotélica ora descrita redundando num paralogismo a um só tempo perigoso e sedutor, porquanto lança mão de um consenso científico, como ponto de partida – e daí ser tão atraente –, para ter, como ponto de chegada, uma solução juridicamente insustentável.

É verídica a afirmação de que não se pode determinar com exatidão o local e o momento da contaminação. Isso diz muito pouco ou quase nada. Essa impossibilidade científica está longe de ser uma exclusividade de covid-19. A dúvida é imanente às Ciências Médicas, que trabalham a partir de hipóteses diagnósticas, com maior ou menor grau de precisão.

Ao afirmar-se, por exemplo, que o tabagismo causa câncer, não há testes, realizados durante o ato de fumar, capazes de detectar o crescimento desordenado de células corporais e a sua propagação³⁷ no momento exato em que se forma o tumor. A conclusão advém do fato de que “a mortalidade por câncer de pulmão entre fumantes é cerca de 15 vezes maior do que entre pessoas que nunca fumaram”, conforme o Instituto Nacional do Câncer (BRASIL). Com base nessa evidência, não se discute que o tabagismo causa de câncer de pulmão.

Portanto, malgrado o do verniz de cientificidade, a decisão que se escuda numa dúvida intrínseca à questão nega, em termos práticos, a possibilidade de o direito ser reconhecido. Não basta, pois, fundamentar vereditos com fulcro numa dúvida que é onipresente, transferindo às vítimas do dano o diabólico ônus de provar algo que está além do atual estado da técnica, ou seja, promover a negação do direito baseada na ausência de demonstração do indemonstrável.

Deveras, o juízo de responsabilidade traduz-se, ao fim e ao cabo, em uma avaliação sobre a existência do nexo de causalidade entre fato e dano (VIOLANTE, 1999, p. 72), ou seja, há uma centralidade do nexo causal como filtro reparatório, sendo ele o ponto nevrálgico de deflagração da responsabilidade civil, a fim de reparar todos os danos injustos

Em consequência, sendo o nexo causal o “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado” (SILVA, 1989, p. 84), tornar a sua prova algo minimamente factível é condição de existência da responsabilidade civil como ferramenta de indenização.

Não por outra razão, vários países flexibilizaram a configuração do nexo causal. Na Itália, *e.g.*, o art. 42 del Decreto Legge n. 18/2020 dispõe que a covid-19 é ocupacional se adquirida no trabalho. Já na África do Sul, o Act n. 130 of 1993, as amended on 23 March 2020, estabelece o diagnóstico de covid-19 quando (i) o ambiente de trabalho possui risco presumido e inerente de transmissão e (ii) há uma sequência cronológica entre a exposição do trabalho e o desenvolvimento de sintomas.

Lado outro, o § 218-g do Siebte Buch Sozialgesetzbuch (SGB VII) assegura aos trabalhadores alemães o direito ao reconhecimento automático do nexo para profissionais de saúde e mediante análise casuística para os demais, ao passo

37 Que é a definição de câncer, de acordo com o Nacional Cancer Institute (NCI). *What is cancer? The Definition of Cancer. Cancer is a disease in which some of the body's cells grow uncontrollably and spread to other parts of the body.*

que, na França, o Décret n. 2020-1131 du 14 septembre 2020 e, na Argentina, o art. 1º do Decreto DNU 367/2020 procedem de modo semelhante.

Em que pese ter trilhado um caminho mais errático e claudicante, o cenário brasileiro não parece ser muito diferente do dos demais países civilizados. O primeiro ato normativo que aludiu à possibilidade de definir a covid-19 como doença ocupacional foi o art. 29 da MP n. 927/2020, cujo texto admitia³⁸, por exceção, o seu enquadramento, desde que houvesse comprovação do nexo causal (BRASIL, 2020-b)³⁹. Em que pese de maneira tímida, a regra possibilitava – ao menos no plano teórico-abstrato – reconhecer a caráter ocupacional da patologia.

Todavia, no julgamento conjunto das ADI n. 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, abriu-se um leque muito maior de possibilidades de responsabilização do empregador, ao decidir-se que “o art. 29 da MP 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do STF em relação à responsabilidade objetiva do empregador” (BRASIL, 2020-c).

A deliberação é categórica quanto: (i) à possibilidade de a covid-19 ser efetivamente considerada como doença do trabalho – e de haver, portanto, nexo causal entre trabalho prestado e a doença; (ii) à existência de hipóteses de responsabilidade objetiva; e (iii) ao ônus da prova do local da contaminação pertencer ao empregador, não sendo possível o transferir ao empregado.

No que tange ao item “i”, a decisão fala por si, além de até mesmo a mais limitativa das regras já inserir a possibilidade de a covid-19 ser considerada como enfermidade ocupacional.

Quanto à prova, numa conjuntura tecnológica que não permite saber o momento exato do contágio e, sendo a dúvida inerente à própria condição atual de possibilidades, a questão deve ser sanada à luz das probabilidades. Afinal, *“valorar libre y racionalmente consiste, [...], en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado [...] es suficiente para aceptarla como verdadera”* (ABELLÁN, 2005, p. 129). Deve-se, assim, “dar por provado o enunciado fático

38 O verbo é empregado no pretérito imperfeito porque a norma em questão teve sua vigência exaurida, conforme Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional n. 92, de 2020.

39 O mencionado texto tinha o seguinte teor: “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”.

que se apresenta mais provável diante do contexto probatório existente” (CARPES, 2016, p. 78).

Com efeito, o que qualificamos de incerto nada mais é do que a finitude do nosso conhecimento, ou, segundo os dizeres de POINCARÉ (1987, p. 3), “*a medida de nossa ignorância*”. A dúvida é uma abstração ontológica, derivada das nossas limitações intelectivas. No plano fenomênico, o evento ocorreu ou não.

Chega a ser uma espécie de truísmo dizer que a solução simplista de utilizar a incerteza como motivo de recusa do direito é equivocada. Noutro contexto, DIAS (1960, p. 777) ponderou que “a condição de impossibilidade matematicamente exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo”. Causaria perplexidade, aliás, uma vertente protetiva do Direito, informada pelo princípio do “*in dubio pro misero*” (PLÁ-RODRIGUEZ, 2000, p. 146), debelasse suas dúvidas em desfavor dos hipossuficientes, numa espécie de “*in dubio contra misero*”.

Trata-se de fixar o que a doutrina denomina “nexo causal probabilístico”, que significa o estabelecimento de uma probabilidade causal estatisticamente calculada e suficiente para engendrar responsabilidade. MULHOLLAND (2010, p. 345-346) fala de um “giro paradigmático no Direito de Danos: da certeza para a probabilidade causal na imputação dos danos”.

A lei de benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/1991, 21-A) incorporou a noção de probabilidade estatística no reconhecimento da natureza acidentária de incapacidades, por meio do “nexo técnico epidemiológico”, que considera provada a relação de causa e efeito entre o trabalho e o agravo decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida⁴⁰.

Esclareça-se que a Medicina trabalha com a epidemiologia empírica há mais de 300 anos, quando foi publicada a célebre “*De morbis artificum diatriba*” (em português: “As doenças dos Trabalhadores”), em que se construiu “perfis epidemiológicos” de adoecimentos associados a atividades laborais, sistematizando e classificando as doenças segundo a natureza e a sua relação com o trabalho (RAMAZZINI, 1999).

40 De acordo com o artigo 21-A do aludido diploma normativo, “a perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará **caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência denexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa** ou do empregado doméstico **e a entidade mórbida motivadora da incapacidade** elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento”. [grifo nosso]

Quanto à natureza/espécie de responsabilidade, a legislação estabelece que, em regra, o causador do dano responde apenas nas hipóteses de culpa e, excepcionalmente, de forma objetiva, quando a atividade por ele desenvolvida implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, consoante art. 927, parágrafo único do CC, dispositivo compatível com o Direito do Trabalho, conforme Tese de Repercussão Geral 932 do STF⁴¹.

Dessa forma, a dúvida a ser dirimida é somente se a atividade do causador do dano pode ou não acarretar responsabilidade objetiva, à luz do art. 927 do CC, ou seja, se a submissão à continuidade dos trabalhos durante o auge da pandemia agrava ou não o risco de contrair a covid-19. Trata-se de perquirir se as condições de trabalho implicavam ao trabalhador – de frigoríficos, em face dos contornos delineados – ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

As condições do meio ambiente de trabalho mais propícias à incidência de doenças do trabalho representam o que a doutrina denomina “risco inerente” (GODOY, 2012, p. 910) à atividade. O quadro I da NR-4 da Portaria MTb n. 3.214/1978 estabelece o Grau de Risco 3 na atividade de abate e fabricação de produtos de carnes⁴², ou seja, malgrado a atividade frigorífica seja socialmente aceita, trata-se de um ramo que oferece um perigo aos empregados que é intrinsecamente mais elevado do que aos demais cidadãos.

Já sob as lentes do “risco-proveito”, tem-se que quem explora atividade perigosa na expectativa de granjear seus bônus, deve suportar seus ônus – *ubi emolumentum, ibi onus*. Não faria sentido que a externalidade não gerasse a internalização do risco pelo empregador, pois é ele, por definição legal, quem assume os riscos da atividade econômica (CLT, 2º, *caput*).

Nossas regras tributárias capturam a ideia de internalização do risco, tributando de acordo com o seu índice, justamente para que empresas paguem

41 No Tema 932 – Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho –, a tese erigida pela Suprema Corte foi a seguinte: “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

42 As atividades dessa espécie catalogadas são as seguintes: 10. Fabricação de produtos alimentícios – 10.1 Abate e fabricação de produtos de carne. 10.11-2 Abate de reses, exceto suínos = 3; 10.12-1 Abate de suínos, aves e outros pequenos animais = 3; 10.13-9 Fabricação de produtos de carne = 3.

uma maior alíquota em função da proporção de externalidades que geram aos seus empregados e, em consequência, vultosos custos à Previdência Social, cujo sistema contributivo baseia-se no equilíbrio financeiro e atuarial (CF, 201, *caput*). São, assim, as estatísticas acidentárias que respaldam os percentuais de contribuição estabelecidos para o financiamento dos benefícios previdenciários (1%, 2% ou 3%), conforme art. 22, II da Lei n. 8.212/1991.

Para saber o Grau de Risco da atividade do abate de bovinos (1 = leve; 2 = médio e, 3 = pesado), deve-se investigar o Anexo V do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999), que deixa indene de dúvida estar ela no mais elevado patamar.

A responsabilidade objetiva deriva, assim, do próprio risco do trabalho em frigoríficos. Fatores como baixas temperaturas, alta umidade, ambientes herméticos, aglomerados e com baixa rotatividade/circulação de ar propiciam a estabilidade e o transporte de gotículas e aerossóis e, assim, um contexto morbilígeno eficiente para transmissão do vírus SARS-Cov-2 (GÜNTHER *et al.*, 2020).

O Grau de Risco avaliado pelo Ministério do Trabalho, pela lei e pelo Regulamento da Previdência Social já atestam ser ele mais elevado do que para o cidadão comum em relação às doenças ocupacionais *lato sensu* e, também, na aquisição de covid-19.

O ambiente estruturalmente insalutífero faz que o empregador cause uma poluição ambiental sistêmica –, e, por isso, arque com uma contribuição majorada ao financiamento dos benefícios acidentários da Previdência Social (Lei n. 8.212/1991, 22, II) e responda objetivamente pelos danos causados (CC, 927, parágrafo único).

É um dos meios pelos quais o ordenamento pátrio exterioriza a aplicação do “princípio do poluidor-pagador”, segundo o qual “os custos decorrentes das medidas de prevenção, redução e combate à poluição devem ser suportados pelo poluidor”, consoante disposto no art. 110.1.3 do Código Ambiental da França (FRANÇA, 2000)⁴³ ou o art. 3º do Código Ambiental da Itália (ITÁLIA, 2006) que, de forma ainda mais direta, preceitua que “quem polui paga”⁴⁴. A ideia subjacente

43 cujo teor é o seguinte: “Article L110-1. 3° Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur”.

44 “Art. 3-ter. Principio dell’azione ambientale. 1. La tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione,

é que a produção da externalidade – danos colaterais causados por alguma personagem que afete o bem-estar do(s) outro(s) ator(es) social(is) – seja internalizada pelo ofensor.

É absolutamente robusta, perante o TST, a jurisprudência no sentido de que os frigoríficos respondem objetivamente pelos danos causados em razão das doenças ocupacionais adquiridas pelos empregados, justamente em função dos riscos superlativos intrinsecamente envolvidos na atividade⁴⁵.

O estudo empírico comprovou, no mundo fenomênico, a concretização do risco. Um estudo da Fundação Oswaldo Cruz-Fiocruz atestou que, em determinado intervalo temporal, 65% dos casos de covid-19 em Dourados/MS pertenciam a uma única unidade frigorífica (FREITAS, 2020), o que, em termos estatísticos, significava uma chance 98 vezes maior de contaminação de um empregado do frigorífico de que de outro cidadão do município. O problema foi replicado em diversos outros municípios do Mato Grosso do Sul (FREITAS, 2020-b) e no restante do país (MOTA, 2020).

Na Europa, um periódico francês tratou os abatedores como “o problema sanitário do momento”, ao passo que um veículo australiano afirmou que os trabalhadores estavam sendo tratados como carne (MARSHALL; UNGER, 2020), ambos a denunciar que o problema atingia diferentes países como os Estados Unidos, o Brasil, o Canadá, a Austrália, a Espanha, a Alemanha, o Reino-Unido e a França (KINNIBURGH, 2020).

Enfim, o alastramento de covid-19 e o trabalho em plantas frigoríficas ao redor do mundo estiveram umbilicalmente ligados durante o crescimento da pandemia, a ponto de o jornal The Guardian ter afirmado que o meio ambiente de trabalho em tais locais estava “louco e caótico” (VAN DER ZEE; LEVITT; MCSWEENEY, 2020).

Em conclusão, (i) o ordenamento jurídico permite o enquadramento de covid-19 como doença ocupacional; (ii) o nexo causal pode ser realizado a partir

dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale."

45 Citam-se, apenas a título exemplificativo, as seguintes decisões: AIRR – 882-48.2014.5.23.0052, 1ª T., DEJT 19.6.2017; RR-1477-56.2012.5.04.0663, 2ª T., DEJT 25/09/2020; ARR-ARR-2239-47.2015.5.12.0048, 3ª T. DEJT 10/11/2017; AIRR-1435-41.2015.5.23.0091, 3ª T., DEJT 24/08/2018; RR-313-47.2012.5.12.0012, 6ª Turma, DEJT 22/09/2017; AIRR-3061-11.2012.5.18.0101, 7ª T., DEJT 04/11/2016; AIRR-20090-33.2016.5.04.0551, 8ª T., DEJT 29/03/2019.

de um juízo de probabilidades; (iii) o trabalho em frigoríficos representa um risco de ser infectado pelo vírus SARS-Cov2 muito mais elevado do que o do cidadão comum; e (iv) a responsabilidade pela reparação de danos, em casos tais, é objetiva.

Dostoiévski (2009, p. 36) afirmou que “o homem é a tal ponto afeiçoado ao seu sistema e à dedução abstrata que está pronto a deturpar intencionalmente a verdade, a descrever de seus olhos e de seus ouvidos apenas para justificar a sua lógica”.

Sem embargo de tal dificuldade, quer-se contribuir para a obtenção de caminhos em direção a uma sociedade mais justa e solidária (CF, 3º, I). O acesso substancial à justiça (CF, 5º, XXXV) – justa e efetiva (CPC, 4º) – não pode ficar refém de certezas impossíveis. Afinal, como ensinou Pessoa, “tudo é incerto e derradeiro. Tudo é disperso, nada é inteiro” (PESSOA, 1972, p. 104).

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 28, año 2005, p. 127-139.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020.**

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Instituto Nacional do Câncer (Inca).**

BRASIL. **Portaria MS n. 454, de 20 de março de 2020.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6342 MC-Ref, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, **DJe 26 jun. 2020.**

CAMUS, Albert. **A peste**. Trad. Valerie Rumjanek. 8 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2020.

CARPES, Artur Thompsen. **A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil**. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V. 2.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. Trad. Boris Schnaiderman. 6. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

FRANÇA. **Code de l'environnement**. (L'ordonnance n. 2000-914 du 18 septembre 2000).

FREITAS, Helio de. Funcionários de frigoríficos são 65% dos casos de coronavírus em Dourados. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. **INFORME ENSP**. Publicado em: 24 jun. 2020.

FREITAS, Ricardo. Mais um frigorífico interrompe as atividades em MS por conta do aumento de casos de coronavírus. **G1**, Mato Grosso do Sul. 29 jun. 2020.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Código civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012.

GÜNTHER, Thomas *et al.* SARS-CoV-2 outbreak investigation in a German meat processing plant. **EMBO Molecular Medicine**, 12:e13296, 2020.

ITÁLIA. **Codice dell'ambiente** (Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152).

JOHNS HOPKINS University & Medicine. **Covid-19 Dashboard, by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU)**.

KINNIBURGH, Colin. **Covid-19**: comment les abattoirs sont devenus un enjeu sanitaire. France 24. 25 maio 2020.

MARSHALL, Shelley; UNGER, Carla Chan. Treating workers like meat: what we've learnt from Covid-19 outbreaks in abattoirs. **The Conversation**. 14 out. 2020.

MOTA, Camila Veras. Covid-19 se alastra em frigoríficos e põe brasileiros e imigrantes em risco. **BBC News/Brasil**. 22 jul.2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PESSOA, Fernando. Nevoeiro. In: **Mensagem**. 10. ed. Lisboa: Ática, 1972.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SHAKESPEARE, William. **Romeu e Julieta**. Trad. Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PLÁ-RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. 3 ed. atual. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

POINCARÉ, Henri Jules. **Calcul des probabilités**. 2. ed. Paris: Gauthier-Villars, 1987.

RAMAZZINI, Bernardino. **As doenças dos trabalhadores**. 2. ed. São Paulo: Fundacentro, 1999.

VAN DER ZEE, Bibi; LEVITT, Tom; MCSWEENEY. Chaotic and crazy': meat plants around the world struggle with virus outbreaks. **The Guardian**. 11 maio 2020.

VIOLANTE, Andrea. **Responsabilità oggettiva e causalità flessibile**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1999.

CANÇADO TRINDADE E SEU LEGADO: O PARECER DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TRABALHADORES IMIGRANTES INDOCUMENTADOS E SUA APLICABILIDADE 20 ANOS DEPOIS¹

Ana Paula Sefrin Saladini

Mestra em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná – Jacarezinho/PR. Doutoranda em ciência jurídica pela mesma instituição. Juíza titular da Vara do Trabalho de Cambé/PR. Integrante da Comissão de Estudos Relativos a Questões de Gênero no Direito Internacional, no Direito Brasileiro, na Sociedade e na Magistratura da Enamat. Endereço eletrônico: anapaulasefrin@hotmail.com. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/7753263103346992>.

¹ O texto, em maior extensão, foi publicado originalmente na obra “Direito do trabalho: releituras, resistência”, organizada por Germano Siqueira, Guilherme Guimarães Feliciano, Silvana Abramo Ariano, José Aparecido dos Santos e Sayonara Grillo (São Paulo: LTr, 2017, p. 313-336), e atualizado, com expansão da biografia de Cançado Trindade, especificamente para a presente obra coletiva, como homenagem póstuma ao jurista, falecido em 2022.

INTRODUÇÃO

A partir do final da I Grande Guerra, o mundo começou a se preocupar com a questão da internacionalização da proteção aos direitos humanos. A dimensão da proteção ao trabalho como direito humano fundamental ficou evidenciada com a instituição da OIT, com o fim da I Guerra Mundial, entidade que defende que um mundo mais justo e mais pacífico passa pela questão do estabelecimento de parâmetros mínimos internacionais de proteção dos direitos dos trabalhadores.

Finda a II Guerra e com a constatação dos horrores ali perpetrados, a questão da proteção internacional dos direitos humanos ganhou proeminência. A comunidade jurídica internacional estava convencida que a questão não mais poderia ficar ao alvedrio exclusivo dos ordenamentos internos e que se tornava urgente o desenvolvimento de um sistema internacional de proteção. Nesse contexto surgem as Nações Unidas (ONU) e paulatinamente sistemas regionais que visam resguardar e proteger os direitos considerados ínsitos à própria natureza humana. No território americano, desenvolveu-se o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, e ali foi produzido o Parecer Consultivo OC 18/03, de 17 de setembro de 2003, que trata da Condição Jurídica e dos Direitos dos Migrantes Indocumentados.

A elaboração do parecer foi presidida pelo juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade e tornou-se um marco na questão da proteção de tais trabalhadores, estabelecendo que ela seria devida independentemente da regularidade de sua documentação, reiterando ainda a obrigação estatal de respeitar e garantir os direitos fundamentais, observando os princípios da igualdade e da não discriminação, sob pena de responsabilização internacional.

Passados quase 20 anos, é importante discutir o legado de Cançado Trindade, falecido em 2022, considerando o potencial que seu Parecer Consultivo apresenta para reduzir a discriminação do trabalhador imigrante no continente americano. O aumento contínuo das migrações voluntárias e forçadas decorre de questões como sucessivas crises econômicas, fuga massiva de pessoas de seus países de origem em razão de guerras e de perseguições religiosas, desastres naturais, aumento das redes de tráfico de pessoas, entre outros motivos. Tais migrantes, muitas vezes, são também perseguidos e estigmatizados ao chegar aos países para onde se dirigem na busca de melhores condições de vida, em razão da perseguição a determinadas culturas e religiões, em decor-

rência da caça ao terrorismo, o que se vê de modo bem acentuado nas Américas, continente construído com o sangue e o suor dos imigrantes, ou mesmo fundado na mais pura e injustificável intolerância.

Para compreensão da questão, o presente trabalho irá passar rapidamente pela análise do perfil do juiz Cançado Trindade, a quem se presta tributo em razão da importância de sua contribuição ao direito internacional, e depois passará ao exame do parecer consultivo em confronto com a realidade (em especial americana) atual.

1. CANÇADO TRINDADE E SUA IMPORTÂNCIA NO CONTEXTO DO DIREITO INTERNACIONAL

Antônio Augusto Cançado Trindade foi um dos maiores juristas brasileiros na área do Direito Internacional, considerado referência mundial na proteção internacional da pessoa humana e em direitos humanos (UNHCR/ACNUR, 2012). Mineiro, obteve Ph.D. em Direito Internacional pela Universidade de Cambridge, onde, inclusive, sua tese o sagrou ganhador do Prêmio York. Foi professor da Universidade Federal de Minas Gerais; depois de retornar de um período na Inglaterra, se transferiu para a Universidade de Brasília. Na capital brasileira, ensinou também no Instituto Rio Branco, escola de formação do corpo diplomático nacional. Como professor, ainda lecionou na Academia de Direito Internacional de Haia (LIMA, 2010).

Como doutrinador, deixou como legado vastíssima obra: cerca de 78 livros e 780 monografias, com capítulos de livros e artigos em periódicos sobre Direito Internacional em diversos países e idiomas (ALMEIDA, 2022, p. 189). Como jurista, trabalhou em Genebra, na então chamada Divisão de Direitos Humanos das Nações Unidas, hoje Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUR). Foi consultor jurídico do Itamaraty entre 1985 e 1990, já no período de abertura política, onde auxiliou, com seus pareceres, que o Brasil aderisse aos principais instrumentos de direitos humanos que deixara de ratificar ao longo do período da Ditadura Militar (LIMA, 2010).

Cançado Trindade ocupou o cargo de Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entre 1994 e 2008. Após deixar a CIDH, em 2009 foi eleito para ocupar o cargo de juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ) em Haia, obtendo a maior votação da história até então (apoio de 163 membros da Assembleia Geral da ONU e de 14 membros de seu Conselho de Segurança).

Exerceu o mandato de nove anos no período de 2009 a 2018 (UNHCR/ACNUR, 2012) e foi eleito para novo mandato de nove anos em 2017, que teve início em 2018 (ALMEIDA, 2022, p. 194).

Cançado Trindade foi presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos entre 1999 e 2004 e foi nesse período que foi o responsável pelo Parecer Consultivo 18/03. A CIDH já emitiu dezenas de opiniões consultivas da maior relevância para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial para o sistema interamericano de proteção, consistindo em fontes jurisprudenciais de suma importância para evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos (PEREIRA, 2014). Para Cançado Trindade, a jurisprudência da Corte Interamericana, tanto no exercício da função consultiva quanto no exercício da função contenciosa, tem papel essencial na etapa de consolidação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (2003). Em sua atuação naquele tribunal, ele participou de 148 julgamentos, apresentou 72 votos apartados nos casos contenciosos apreciados pela Corte e mais dois votos concordantes em opiniões consultivas, entre as cinco dos quais participou – um sobre a condição jurídica e direitos humanos da criança e um sobre direito dos migrantes indocumentados (ALMEIDA, 2022, p. 191).

O jurista faleceu em 29 de maio de 2022, sendo profundamente lamentado pela comunidade jurídica internacional que se volta à questão da proteção dos direitos humanos: a ACNUR, agência da ONU que atua na proteção dos refugiados, destacou, na ocasião, como ele se tornou “referência mundial da defesa das pessoas refugiadas”, justamente a partir de sua construção de jurisprudência “em torno da convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário” (ACNUR, 2022). A Corte Internacional de Justiça afirmou que seria difícil preencher um vazio que se sentia em toda uma geração de juristas internacionalistas com sua morte, pois tinham em Cançado Trindade “um mestre, um guia e, sobretudo, um amigo crítico e sincero, fiel às suas próprias convicções” (ALMEIDA, 2022, p. 187).

O Parecer Consultivo OC 18/03, de 17 de setembro de 2003, que será analisado a seguir, foi proferido em atendimento a uma solicitação dos Estados Unidos Mexicanos, que provocou a Corte em relação à sua competência consultiva, considerando problemas observados com seus nacionais que emigraram para outros países americanos.

2. O PARECER CONSULTIVO OC 18/03, DE 17 DE SETEMBRO DE 2003: CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

Em 10 de maio de 2002, os Estados Unidos Mexicanos, com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de Parecer Consultivo sobre a privação do desfrute e exercício de determinados direitos trabalhistas aos trabalhadores migrantes e a compatibilidade dessa privação com a obrigação dos estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos; consultou ainda sobre a “subordinação ou condicionamento da observância das obrigações impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluídas aquelas oponíveis *erga omnes*, em contraste com a consecução de certos objetivos de política interna de um Estado americano”. O México argumentou que a consulta se referia também ao caráter que “os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei alcançaram no contexto do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua codificação” (Parecer CIDH).

Na consulta, grande número de Estados, universidades, instituições e organizações não governamentais fizeram intervenções, na qualidade de *amici curie*, tendo em vista a relevância do problema posto pelo estado mexicano. Embora isso não tenha sido explicitado na consulta, a lógica indica que o fator desencadeador do questionamento teria sido uma decisão da Suprema Corte Americana, proferida em 27 de março de 2002, na qual se decidiu que trabalhadores imigrantes indocumentados que haviam sido demitidos indevidamente por organizar sindicatos não possuiriam direito ao pagamento de salários atrasados. Essa decisão, na opinião manifestada por Javier Juárez, do *Law Office of Sayre & Chavez*, em sua intervenção como *amicus curiae*, criava uma clara exceção jurídica às garantias concedidas a outros trabalhadores, em contravenção ao texto dos acordos internacionais que buscam a igualdade de proteção para os trabalhadores migrantes, exacerbando a vulnerabilidade que os distingue de outros grupos da população (PARECER CIDH, p. 38/39).

Assim, a decisão proferida pela corte constitucional americana colocava em situação de hipervulnerabilidade trabalhadores que já estavam em situação de

vulnerabilidade acentuada, visto que estrangeiros indocumentados em terra estranha. A decisão não foi unânime, mas sim tomada por apertada maioria (5 x 4), e em revisão de posicionamento anterior da casa. Em voto dissidente da minoria, o juiz Breyer registrou que “permitir aos migrantes em situação irregular o acesso aos mesmos recursos legais” seria “a única forma de assegurar que os direitos dos migrantes” fossem protegidos (PARECER CIDH, p. 49). A própria Suprema Corte, portanto, estava dividida em relação à decisão questionada. E uma vez que tais imigrantes eram mexicanos, o Estado Mexicano sentiu-se compelido a consultar a CIDH.

A consulta mexicana foi estruturada a partir de quatro perguntas, tendo por base o princípio da igualdade jurídica consolidado na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Os pontos fulcrais eram a) se um estado americano poderia estabelecer em sua legislação trabalhista um tratamento prejudicial diferenciado para os trabalhadores migrantes indocumentados em relação à fruição de seus direitos trabalhistas, quando comparados com os residentes legais ou os cidadãos, o que levaria a que a condição migratória impedisse o desfrute de tais direitos; b) se diversos dispositivos internacionais citados deveriam ser interpretados no sentido de que a permanência legal das pessoas no território de um estado americano seria condição necessária para fossem respeitados e garantidos os direitos e liberdades reconhecidos em tais dispositivos internacionais para as pessoas sujeitas à sua jurisdição; c) se seria possível considerar que a privação de um ou mais direitos trabalhistas em razão da condição indocumentada de um trabalhador migrante seria compatível com os deveres de um estado americano de garantir a não discriminação e a proteção igualitária e efetiva da lei; d) se haveria validade na interpretação, por parte de um estado americano, no sentido de subordinar ou condicionar de qualquer forma a observância dos direitos humanos fundamentais para a consecução de objetivos de política migratória contidos em suas leis, independentemente da hierarquia que o direito interno atribuísse a tais leis, diante das obrigações internacionais derivadas de diversos instrumentos internacionais; e e) por fim, foi perguntado qual caráter teria, naquele momento, o princípio de não discriminação e o direito à proteção igualitária e efetiva da lei na hierarquia normativa que estabelece o Direito Internacional geral, e nesse contexto, como poderiam ser consideradas como a expressão de regras de *jus cogens* – e caso a resposta à segunda pergunta fosse afirmativa, que efeitos jurídicos se derivariam para os Estados membros

da OEA, individual e coletivamente, no contexto da obrigação geral de respeitar e garantir o cumprimento dos direitos humanos.

Participaram do julgamento seis juízes: Cançado Trindade (Presidente), Sergio García Ramírez (Vice-Presidente), Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli e Carlos Vicente de Roux Rengifo. O parecer, por unanimidade, foi proferido, observando os seguintes pontos: a) os Estados têm obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais e devem adotar medidas positivas e evitar tomar iniciativas que limitem ou violem um direito fundamental, eliminando as medidas e práticas que restrinjam ou violem um direito fundamental; b) qualquer tratamento discriminatório do Estado que seja violador da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos gera sua responsabilidade internacional; c) o princípio de igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental para a proteção dos direitos humanos no Direito Internacional e no interno; d) o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do Direito Internacional geral, tendo ingressado no domínio do *jus cogens*, sendo aplicável a todos os Estados, mesmo que não sejam parte em determinado tratado internacional; e) o princípio fundamental de igualdade e não discriminação acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com respeito a terceiros, inclusive particulares; f) a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou consideração, inclusive o *status* migratório das pessoas; g) o direito ao devido processo legal deve ser reconhecido no contexto das garantias mínimas que se devem oferecer a todo migrante, independentemente de seu *status* migratório, compreendendo todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação alguma; h) a qualidade regular ou irregular migratória de uma pessoa não pode constituir justificativa para a privar do desfrute e do exercício de seus direitos humanos, entre eles os de caráter trabalhista; i) o Estado tem a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos trabalhistas de todos, independentemente de serem nacionais ou estrangeiros, e não pode tolerar situações de discriminação nas relações de trabalho que se estabeleçam entre particulares (empregador-trabalhador) nem permitir que os empregadores privados violem os direitos dos trabalhadores, nem que a relação contratual viole os padrões mínimos internacionais; e j) os trabalhadores são titulares de direitos trabalhistas e devem contar com todos os meios adequados para exercê-los; os trabalhadores migrantes indocumentados possuem os mesmos direitos trabalhistas que

correspondem aos demais trabalhadores do Estado receptor, que deve tomar todas as medidas necessárias para que assim se reconheça e se cumpra na prática; k) os Estados não podem subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação à consecução dos objetivos de suas políticas públicas, quaisquer que sejam estas, incluídas as de caráter migratório (Parecer CIDH, p. 117-118).

O parecer é considerado uma das mais expressivas manifestações internacionais em matéria trabalhista, tendo manejado elementos jurídicos da mais alta repercussão, destacando a absoluta prevalência da dignidade da pessoa humana, base sobre a qual devem ser construídos os direitos de caráter trabalhista. De acordo com Santos e Nicoli, dois dos tópicos mais importantes são o destaque ao fato que “o princípio da igualdade e não discriminação deve ser tomado como *jus cogens*, gerando obrigações para os Estados e possível responsabilização internacional por inobservância”; bem ainda, a observação de Cançado Trindade, quando reitera a necessidade de “reconstrução da comunidade internacional sobre a base da solidariedade humana” (2015, p. 256). E apesar da decisão tomada por unanimidade, considerando a relevância da questão posta em discussão, foram proferidos ainda quatro votos concordantes.

O voto concordante proferido por Cançado Trindade registra, como fundamento jurídico de sua posição sobre a matéria, reflexões em relação a nove aspectos que ele considerou merecer especial atenção: a ideia de *civitas maxima gentium* e da universalidade do gênero humano; as disparidades do mundo contemporâneo e a vulnerabilidade dos migrantes; a reação da consciência jurídica universal; o direito de asilo como direito individual subjetivo; a posição e o papel dos princípios gerais do Direito; os princípios fundamentais como *substratum* do próprio ordenamento jurídico; o princípio da igualdade e de não discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos; a emergência, o conteúdo e o alcance do *jus cogens*; e a emergência, o conteúdo e o alcance das obrigações *erga omnes* de proteção em suas dimensões horizontal e vertical (VOTO CONCORDANTE, p. 1). Tais ideias centrais são por ele desenvolvidas ao longo de 28 páginas. Ao final, ele conclui afirmando que o fato de persistirem na atualidade novas formas de exploração do homem pelo homem, não obstante os sofrimentos das gerações passadas, em meio ao aumento comprovado da pobreza e da exclusão e marginalização sociais, ao desenraizamento e a desintegração familiar, não significa que “falta regulamentação” ou que o Direito não exista, mas sim que o Direito está sendo ostensiva e flagrantemente viola-

do, dia a dia, em detrimento de milhões de seres humanos, entre os quais os imigrantes indocumentados em todo o mundo. E destaca como é importante se insurgir contra tais violações generalizadas de direitos que afrontam a consciência jurídica da humanidade, pois a insurgência contribui para o processo da necessária **humanização** do Direito Internacional.²

É importante refletir se tais orientações têm contribuído para a evolução da proteção dos direitos humanos de tais pessoas e para a melhoria das condições dos trabalhadores imigrantes no âmbito das Américas. Passadas quase duas décadas da emissão do parecer consultivo em questão, a imigração continua, e embora mudem periodicamente seus fatos geradores, ainda é muito grande o número de ilegais. E toda pessoa migrante precisa trabalhar em seu destino para dar conta das necessidades básicas e demanda de proteção legal mínima quando se encontra em situação de franca vulnerabilidade.

3. A SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA DOS TRABALHADORES INDOCUMENTADOS

A imigração aumentou exponencialmente a partir do fim da II Guerra Mundial, pelos mais diversos fatores. Nas manifestações enviadas à CIDH quando da elaboração do Parecer Consultivo, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEIL), atuando como *amicus curiae*, atribui tanto o aumento da imigração irregular quanto a exploração dos trabalhadores indocumentados, a princípio, a causas econômicas, especialmente as situações de extrema pobreza e de falta de oportunidades nos Estados de origem. Isso favoreceu o surgimento de uma “indústria da migração”, onde patrões optam por empregar indocumentados para que não precisem pagar salários adequados nem se esforçar em dar condições de trabalho dignas, enquanto os Estados receptores se beneficiam com o crescimento de suas economias às custas desta situação irregular. E os trabalhadores migrantes indocumentados terminam por aceitar condições de trabalho inferiores às de outras pessoas que residem legalmente no país em razão da situação em que se encontram (Parecer CIDH, p. 65).

² Também deram votos concordantes os juízes García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli. Basicamente, García Ramírez aborda em seu voto o tema das políticas públicas, Salgado Pesantes coloca em relevo as dimensões horizontal e vertical dos direitos fundamentais dos trabalhadores e Abreu Burelli ressalta que embora a competência consultiva da Corte impeça que ela vá além da interpretação e aplicação das regras de direito, não há como deixar de refletir em seus registros o drama humano subjacente ao mérito dos processos.

Não bastassem as causas econômicas, que forçam as pessoas a saírem de seus países em busca de melhores condições de vida – e, para aquele que está na miséria absoluta, qualquer miséria menos absoluta é uma melhora de padrão de vida –, outras situações calamitosas, como guerras, discriminação religiosa, perseguição política e calamidades naturais têm gerado um aumento na densidade migratória. A pandemia do novo coronavírus ampliou a problemática, diante da crise econômica que gerou. A evolução tecnológica também contribuiu para o aumento da migração, ao tornar o mundo mais conhecido e estabelecer padrões de consumo e de vida que acabam servindo como fator de estímulo para que as pessoas saiam de seus países em busca de outras paragens.

No Relatório Anual de 2021 (Tendências Globais sobre Refugiados e outras Populações de Interesse do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), publicado em junho de 2022, a agência da ONU registrou o deslocamento forçado de mais de 89,3 milhões de pessoas até o final de 2021, apontando um aumento de 8% em relação ao ano anterior e mais que o dobro de dez anos antes. As causas são guerras, violências, perseguições e abusos de direitos humanos. Esses números são anteriores à invasão da Ucrânia pela Rússia, que ocorreria em 2022, e que, somada a outras emergências humanitárias que se espalham da África ao Afeganistão, elevou a cifra para números estimados em 100 milhões de pessoas em maio de 2022 (UNHCR/Acnur, 2022). A partir do início da invasão da Ucrânia, em fevereiro de 2022, até junho do mesmo ano, 7,3 milhões de pessoas saíram do país, dos quais 2,3 eram de não ucranianos retornando a seus países de origem (UNHCR/Acnur, 2022) – e, portanto, os outros 5 milhões eram cidadãos ucranianos fugindo da guerra. O Brasil foi um dos países que se dispôs a receber os deslocados, com concessão de vistos para refugiados ucranianos (Agência Brasil, 2022), até mesmo porque já existia uma história de imigração anterior dessa nacionalidade para o Brasil – tanto que no sul do país o município de Prudentópolis, no Paraná, conta com 75% da população descendente de ucranianos (CZAIKOWSKI, s/d).

A questão americana é muito relevante no relatório da ACNUR: cerca de 20% das pessoas refugiadas e deslocadas a força estão nas Américas, que teve destacado o notável “esforço dos países desta região para regularizar, oferecer proteção e integrar localmente estas pessoas”. A América também dá sua contribuição significativa ao número de deslocados: 4,4 milhões deles eram venezuelanos, dos quais 1,8 milhões foram acolhidos pela Colômbia. Dos 1,4 milhões de pedidos de reconhecimento de condição de refugiados apresenta-

dos, 188,9 mil foram solicitados aos Estados Unidos, 132,7 mil para o México e 108,5 mil para a Costa Rica. Ainda em relação às Américas, o relatório destaca que quatro dos 10 países de origem com maior número de solicitantes de asilo estão na América Latina e no Caribe: Nicarágua está em 2º lugar, Venezuela em 4º, Haiti em 5º e Honduras em 6º. No final de 2021 eram mais de 1,1 milhão de pessoas refugiadas e solicitantes de asilo de El Salvador, Honduras e Guatemala em todo o mundo, e as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado apresentadas por pessoas da Nicarágua foram cinco vezes maiores em 2021 que em 2020 (UNHCR/ACNUR, 2022).

Não se pode esquecer que o tratamento jurídico dado ao imigrante em geral e ao refugiado não é o mesmo, pois o refugiado, por sua condição hipervulnerável, dispõe de proteção jurídica mais específica. Entretanto, como aponta o ACNUR em sua manifestação na condição de *amicus curiae* no Parecer OC 18-03, tanto os migrantes quanto outras pessoas que buscam proteção, como os solicitantes de asilo e os refugiados, “compartilham os mesmos movimentos e requerem proteção”, pois embora nem todas as pessoas deslocadas se qualifiquem tecnicamente como refugiados sob os instrumentos internacionais, é necessário oferecer proteção às distintas categorias migratórias. Argumenta ainda que, diante da existência de poucas opções legais para efeitos de ingressar e permanecer em determinados territórios, cada vez “é mais frequente o uso dos sistemas de asilo, a fim de que determinadas categorias migratórias possam ter uma oportunidade de permanecer em um país”. Como consequência de se generalizar uma conduta que presume que todos os estrangeiros que ingressam em um país são migrantes, a colocação desse rótulo permite que os Estados presumam que tais pessoas não possuem direitos e, no exercício da soberania estatal, possam ser expulsas, deportadas ou ter seus direitos básicos violados. A ACNUR ainda advertiu que a falta de opções legais para migrar e a existência de políticas restritivas em matéria de asilo e migração fazem com que tanto refugiados quanto migrantes enfrentem “condições sub-humanas, com *status* jurídico precário e em muitos casos com direitos abertamente limitados”, além de serem mais vulneráveis ao problema do tráfico de pessoas e alvo de maior discriminação e xenofobia na maioria dos Estados receptores (Parecer CIDH, p. 77).

Um dos motivos dessa discriminação está no aspecto econômico: os que migram de maneira forçada em geral não dispõem de meios financeiros suficientes e fogem com apenas o que conseguem carregar. Já os imigrantes com boas condições econômicas em geral são privilegiados com o acesso a políticas de

imigração que lhe são favoráveis (SALADINI, 2012), e em geral são bem recebidos nos países a que se dirigem. No âmbito norte-americano, destino mais almejado pelos imigrantes na esfera do continente americano, existem, inclusive, facilidades específicas em benefício de imigrantes com melhores condições financeiras.

Sandel relata curiosas propostas de solução de mercado para o polêmico debate em torno da política de imigração americana, feito por Gary S. Becker: descartar o complexo sistema de cotas, pontuações, preferências familiares e filas para simplesmente vender o direito à imigração, pelo preço sugerido de U\$ 50.000,00 ou mais, considerando a demanda. Conforme Becker, os imigrantes dispostos a pagar um valor alto pela admissão automaticamente teriam as características desejadas: seriam jovens, capacitados, ambiciosos, trabalhadores e “com pouca probabilidade de fazerem uso de benefícios previdenciários ou do sistema de proteção ao desempregado”. Relata, ainda, a ideia de outro economista, Julian L. Simon, que defende uma cota inicial de imigrantes a serem aceitos com o leilão do direito de entrada, até o preenchimento da cota. Esse economista defende a justiça da venda do direito de imigrar baseado no padrão de discriminação de “uma sociedade pautada pelo mercado: a capacidade ou disposição de pagar”. Complementando essa ideia, Becker flexibiliza a ideia de que somente os ricos poderiam pagar sugerindo que se autorizasse aos vencedores do leilão “pegar emprestada uma parte da taxa de entrada ao governo para devolvê-la mais tarde com o imposto de renda”. Caso não conseguissem pagar, a solução seria a deportação. Também aponta a proposta de um professor de direito, Peter Schuck, que sugere que um mecanismo internacional atribuisse a cada país uma cota anual de refugiados, com base na riqueza nacional, com a criação de um “mercado de refugiados” por meio do qual os países que não quisessem receber sua cota de refugiados poderiam transferir essa obrigação a outros dispostos a isso, mediante pagamento de valores previamente ajustados.

Embora evidentemente degradantes da condição humana tais sugestões, pois privilegiam o capital em detrimento das necessidades do ser humano, o professor americano ainda relata lei americana que, segundo sua visão, **vende** algo que o dinheiro não deveria comprar: o direito de imigração. Segundo ele, isso ocorre em decorrência de lei americana que permite que os estrangeiros que invistam meio milhão de dólares nos Estados Unidos possam imigrar com suas famílias pelo prazo de dois anos, recebendo posteriormente o *green card* americano, em caráter permanente, caso o investimento crie pelo menos dez empregos (SANDEL, 2012, p. 63-65).

Ao lado de tais políticas que são economicamente segregacionistas, entre 2017 e 2020 Donald Trump assumiu o governo dos Estados Unidos, onde adotou medidas retrógradas em termos de direitos humanos, especialmente no que diz respeito à questão migratória. Ao longo de seu governo, expediu 472 decretos (ordens executivas presidenciais) sobre questões de imigração, restringiu a proteção humanitária e dificultou a imigração ilegal; ainda que não tenha conseguido deportar os milhões de imigrantes que havia ameaçado em seus discursos eleitorais, fez uma combinação de mudanças normativas com as políticas que atingiram especialmente os imigrantes mais pobres; um exemplo se dá na orientação de excluir os imigrantes que solicitassem benefícios sociais da lista dos que poderiam conseguir a residência permanente (ESTADO DE MINAS, 2022) – em clara conjunção com as ideias de Becker denunciadas por Sandel. A questão migratória, portanto, apresenta problemática ainda não sanada no continente americano, mesmo no contexto de diversos fatores que acarretam o aumento da migração de pessoas fragilizadas emocional e economicamente. E, em um vertiginoso círculo vicioso, os mesmos motivos que acarretam a migração fazem, também, com que muitas vezes os migrantes sejam recebidos de forma hostil, alojados em condições precárias, separados de seus filhos, muitas vezes presos e deportados ou expulsos antes que alcancem a oportunidade que foram buscar³.

4. A LIÇÃO DA OC 18/03 E SUA APLICABILIDADE AO CONTEXTO ATUAL

Delimitada a questão da imigração no contexto atual e uma vez conhecido o teor da OC 18/03, resta confrontar suas diretrizes e orientações com o mundo pós-2003.

Observa-se da fundamentação da OC, e mesmo das questões que são formuladas pelo Estado Mexicano a fim de provocar a manifestação da CIDH, que a grande problemática da migração reside nos migrantes pobres, que se tornam presas fáceis da exploração e vítimas de violação de direitos fundamentais que estão assegurados por todo um arcabouço de fontes legislativas, inclusive de âmbito internacional.

³ A respeito do tratamento dispensado aos imigrantes indocumentados, em especial no contexto de sua exclusão social, *vide* os itens 4.2 e 4.3.3 da obra **Trabalho e Imigração**, dessa mesma autora.

O parecer emanado da CIDH se funda na convicção que o princípio fundamental da igualdade e da não discriminação já entrou para o domínio do *jus cogens*, acarretando obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e gerando efeitos em relação a terceiros, inclusive particulares. Conclui também que a obrigação geral de respeitar os direitos humanos não depende da regularidade da condição migratória da pessoa, e essa irregularidade não pode ser utilizada como justificativa para desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador migrante. Além disso, o Estado não pode tolerar situações de discriminação em relação a tais pessoas, ainda que praticadas por particulares, devendo tomar medidas de garantias de tais direitos, e poderá responder internacionalmente por suas violações.

A questão da proteção ao direito ao trabalho do migrante, com todas as suas garantias, é de crucial importância para o pobre. Isso porque sem o acesso ao trabalho em condições decentes o trabalhador não conseguirá efetiva inserção na sociedade. A integração da pessoa na sociedade hoje não se faz mais pela inclusão na sociedade de homens, mas pela inserção na sociedade de organizações – ou seja, por meio da inclusão na empresa, pelo emprego; quem “não pertence formal ou informalmente a uma delas não dispõe de uma *corporate citizenship* e, por consequência, numa situação-limite, acabaria não fazendo parte da sociedade” (FARIA, 2002, p. 247-248). E aquele que não consegue se incluir nessa situação estaria excluído da vida social – uma exclusão em termos de mercado de trabalho, de ocupação profissional, de acesso ao consumo e fruição de direitos⁴.

Os países que não cumprem com sua obrigação de reconhecer tais direitos fundamentais (tanto o direito ao trabalho como o acesso aos direitos sociais decorrentes do exercício do trabalho remunerado) violam essa diretiva fundamental e propiciam ao trabalhador imigrante apenas o acesso ao sistema jurídico pela via punitiva – prisão e extradição. Isso porque, paradoxalmente, a exclusão da fruição dos direitos fundamentais não libera o migrante do cumprimento dos deveres e obrigações impostas pelo sistema jurídico, especialmente pelo seu braço penal.

4 Ademais, na regra da globalização cultural as pessoas são o que elas podem comprar; com o poder de compra se encerra a existência social do homem e se inicia uma espécie de *apartheid*: a sentença para aqueles que não sobrevivem à equiparação entre essência e aparência é a exclusão (BECK, 1999, p. 86).

De acordo com Cançado Trindade, a simples “falta administrativa” da indocumentação foi “criminalizada” em sociedades intolerantes e repressivas, agravando ainda mais os problemas sociais de que tais pessoas já padecem quando saem de sua casa em busca de uma vida melhor (Voto concordante, item 15). A criminalização é tão evidente que uma das questões críticas em termos de imigração está justamente na prisão de imigrantes indocumentados enquanto aguardam os trâmites de deportação – prisões que separam famílias e que contam com infraestrutura de péssima qualidade.

Há necessidade de reverter esse quadro de exclusão social, propiciando a todo trabalhador, independentemente de sua nacionalidade ou de sua regularidade formal junto ao Estado em que trabalha, condições de acesso a um trabalho decente, ideia que articula a noção de direito ao trabalho com a proteção de direitos básicos, equidade no trabalho, segurança social, uma representação dos interesses dos trabalhadores, e, ainda, que o trabalho esteja envolvido num meio ambiente social e político adequado à noção de liberdade e dignidade humana (CRIVELLI, 2010, p. 175). O direito do trabalho já nasceu como um direito social justamente porque possibilita a inclusão do trabalhador na proteção de uma série de outros direitos que podem quebrar o ciclo de exclusão, dando-lhe possibilidade de acessar condições dignas de vida.

Propiciar a inclusão do estrangeiro indocumentado na proteção do direito do trabalho, como defende o parecer, pode, a princípio, se assemelhar a um contrassenso, como decidiu a Suprema Corte Americana ao afastar dos indocumentados a proteção jurídica legal, uma vez que tais pessoas violam a ordem jurídica estabelecida ao fixar residência no país de forma clandestina. Mas a lógica a ser aplicada aqui deve ser outra: as leis sociais, como são as leis trabalhistas, exigem uma inversão do raciocínio jurídico, porque elas atuam também como “instrumento de consecução de equilíbrios e de mudanças sociais”; assim sendo, em se tratando de leis sociais não se deve “pensar uma situação em função das categorias abstratas do direito civil”, nem interpretar o conteúdo das normas a partir de critérios desprovidos de sensibilidade: é preciso se liberar do “condicionamento da estrita legalidade e do horizonte exclusivamente retrospectivo por ela imposto”, aplicando judicialmente leis com propósitos sociais como “estratégia para viabilizar a realização política de determinados objetivos e determinados valores” (FARIA, 2002, p. 274-275).

É importante evoluir no pensamento jurídico de forma a permitir a construção de um mundo mais justo, com melhor distribuição, senão de riquezas,

ao menos de oportunidades para os desvalidos mostrarem seu potencial e terem acesso a condições decentes de vida, observando a solidariedade que deve permear a questão dos direitos humanos. De acordo com Santos e Nicoli, para refletir juridicamente sobre a questão migratória é preciso construir uma plataforma de tratamento que tenha sua base na proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em todas as suas dimensões, o que faz com que o trabalho prestado por imigrantes seja “merecedor de regulação jurídica consistente, em padrões consentâneos com os avanços promovidos pelo Direito Internacional do Trabalho” (SANTOS; NICOLI; 2015, p. 256). Para que se alcancem tais objetivos, os contornos estabelecidos na decisão proferida pela CIDH por meio do Parecer 18/03 devem ser utilizados como parametrização para o comportamento dos Estados Americanos diante da grande massa de estrangeiros indocumentados, que merecem um tratamento digno por sua condição humana, independente da irregularidade administrativa de sua permanência.

No panorama político que se desenha atualmente, para combater um endurecimento dos Estados em suas políticas de imigração é necessário um enfrentamento com maior vigor pela CIDH e pelos demais organismos internacionais de proteção dos direitos humanos. A discussão crítica a respeito da migração laboral no mundo deve avançar e ser pautada especialmente na ideia de solidariedade humana para a construção de um mundo melhor e na possibilidade de responsabilização internacional do Estado que violar ou permitir a violação dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes. É de se lembrar que essa possibilidade de responsabilização não depende que o Estado seja signatário de instrumentos internacionais específicos, pela inclusão do princípio fundamental da igualdade e não discriminação no domínio do *jus cogens*, conforme decidiu a Corte em referido parecer. Logo, na reiteração da violação dos direitos dos migrantes americanos, mesmo após o Parecer 18/03, deverão ser tomadas medidas públicas de censura internacional a tais condutas.

A extensão da proteção do direito do trabalho aos estrangeiros, ainda que indocumentado, com vedação de qualquer tratamento discriminatório, é o único modo de se iniciar um processo de reversão do perverso ciclo de exclusão composto por miséria, migração forçada de trabalhadores pobres, permanência ilegal, exploração do migrante, expulsão e retorno para a miséria ou, conforme a circunstância, até para a morte. Somente assim se poderá ingressar na dimensão de proteção defendida por Cançado Trindade, quando aduz que o drama dos imigrantes indocumentados apenas poderá ser tratado em meio

a um espírito de verdadeira solidariedade humana, e somente a firme determinação de reconstrução da comunidade internacional com base nessa ideia de solidariedade humana poderá levar à superação de todos estes traumas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Parecer Consultivo OC 18/03, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu que os Estados têm a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos fundamentais, não podendo praticar ou permitir qualquer tratamento discriminatório ao imigrante indocumentado, inclusive na esfera trabalhista, sob pena de sua responsabilidade internacional. Ainda, a Corte concluiu que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação faz parte do direito internacional geral, sendo aplicável a todos os Estados, independentemente de ser ou não parte em determinado tratado internacional, pois esse princípio já ingressou no domínio do *jus cogens*.

Diante do inegável crescimento da migração internacional, especialmente por pessoas pobres e que dependem do seu trabalho para a sobrevivência, os contornos estabelecidos na decisão proferida pela CIDH devem ser utilizados como parametrização para o comportamento dos Estados diante dos estrangeiros indocumentados que ingressam em seus territórios. O endurecimento das políticas de imigração dos estados americanos que atentem contra esses parâmetros deve ser enfrentado com vigor pela Corte e pelos demais organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, no avanço da discussão crítica a respeito da migração laboral no mundo, baseado especialmente na ideia de solidariedade humana para a construção de um mundo melhor e na possibilidade de responsabilização internacional do Estado que violar ou permitir a violação dos direitos humanos dos trabalhadores imigrantes.

Somente assim se poderá ingressar na dimensão de proteção defendida pela Corte Interamericana e honrar parte do legado deixado pelo jurista brasileiro Cançado Trindade, que tão bem demonstrou a necessidade de analisar a proteção dos imigrantes indocumentados na perspectiva dos direitos humanos e do exercício da solidariedade.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Governo prorroga concessão de visto para refugiados ucranianos.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2022-08/governo-prorroga-concessao-de-visto-para-refugiados-ucranianos> Acesso em: 16 dez. 2022.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. O legado de Antônio Augusto Cançado Trindade: as múltiplas facetas de um percurso voltado para a construção de um *jus gentium*. **CEBRI Revista**, ano 1, n. 2, p. 186-200, abr.-jun. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. V. III.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003, solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos:** a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/58a49408579728bd7f7a6bf3f1f80051.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2016.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2010.

CZAIKOWSKI, Mariano. **Ucranianos no Brasil.** Disponível em: <https://metropolia.org.br/cultura-ucraniana/etnia/ucranianos-no-brasil/>. Acesso em: 16 dez. 2022.

ESTADO DE MINAS. **Trump aplicou 472 ordens executivas sobre imigração.** Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2022/02/01/interna_internacional,1341864/trump-aplicou-472-ordens-executivas-sobre-imigracao.shtml. Acesso em: 16 dez. 2022.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Raquel. **Os juízes da CIJ:** Cançado Trindade, parte 1. Disponível em: <https://neiar-cadas.wordpress.com/2010/08/27/os-juizes-da-cij-cancado-trindade-parte-1-por-raquel-lima/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. A competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 11, p. 21-36, 2014.

SALADINI, Ana Paula Sefrin. **Trabalho e imigração:** os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. São Paulo: LTR, 2012.

SANDEL, Michel J. **O que o dinheiro não compra:** os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Maria Clara Oliveira; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A proteção ao trabalho no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In:* ORSINI, Adriana de Sena Goulart

et al. (Org.). **Mecanismos de solução de controvérsias trabalhistas nas dimensões nacional e internacional**. São Paulo: LTr, 2016.

UNHCR/ACNUR. **ACNUR atualiza dados sobre pessoas refugiadas na Ucrânia para refletir movimentos recentes**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/06/10/acnur-atualiza-dados-sobre-pessoas-refugiadas-na-ucrania-para-refletir-movimentos-recentes/>. Acesso em: 16 dez. 2022.

UNHCR/ACNUR. **ACNUR lamenta o falecimento do jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/05/30/acnur-lamenta-o-falecimento-do-jurista-brasileiro-antonio-augusto-cancado-trindade/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

UNHCR/ACNUR. **ACNUR**: deslocamento global atinge novo recorde e reforça tendência de crescimento da última década. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2022/06/15/acnur-deslocamento-global-atinge-novo-recorde-e-reforca-tendencia-de-crescimento-da-ultima-decada/#:~:text=Ao%20final%20de%202021%2C%20o,uma%20publica%C3%A7%C3%A3o%20estat%C3%ADstica%20anual%20do>. Acesso em: 16 dez. 2022.

UNHCR/ACNUR. **Global Report 2021**: the story behind the numbers. Disponível em: https://reporting.unhcr.org/globalreport2021/pdf#_ga=2.169487649.1807406150.1671182894-744873241.1670883477. Acesso em: 16 dez. 2022.

UNHCR/ACNUR. **Juiz da Corte Internacional de Justiça Cançado Trindade faz conferência em Brasília**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/juiz-da-corte-internacional-de-justica-cancado-trindade-faz-conferencia-em-brasilia/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

ACESSO A DIREITOS SOCIAIS E A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE MEIO AMBIENTE DE TRABALHO POR MEIO DO CASO SPOLTORE VS. ARGENTINA

Igo Zany Nunes Correa

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 11ª Região AM/RR. Membro da comissão de estudos relativos a questões de raça no direito internacional, no direito brasileiro, na sociedade e na magistratura Enamat. Vice-diretor da Escola Judicial do TRT da 11ª Região 2022/2024. Doutorando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Constitucionalismo e direitos na amazônia pelo programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Amazonas. Especialista em direito do trabalho e processo do trabalho. *E-mail*: zanyigo@gmail.com.

Adriana Goulart Sena Orsini

Desembargadora do Trabalho do TRT da 3ª Região. Membro do Conselho Técnico-Consultivo da Enamat. Pós-doutora em direito das relações sociais e trabalhistas – UDF. Doutora e mestra em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora e membro do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação da FDUFG. *E-mail*: adrisena@ufmg.br.

INTRODUÇÃO

A judicialização de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) historicamente esbarrou na natureza programática atribuída a tais direitos, tanto na jurisprudência interna, quanto na internacional. A referida dificuldade começou a se alterar a partir do paradigmático caso *Lagos del Campo vs. Peru*, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) revisitou o significado do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), quanto ao direito ao desenvolvimento progressivo, atribuindo-lhe inovador conteúdo normativo.

Naquela ocasião, a Corte IDH admitiu a possibilidade de reconhecimento de direitos subjetivos oriundos da efetividade de direitos (acresci o “s”) sociais e, assim, superou sua jurisprudência recalcitrante que conferia aos direitos sociais caráter meramente programático, passando, então, a reconhecer a autonomia judicializável, face à interpretação viva do principal instrumento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) (NASCIMENTO; CORREA; FERREIRA, 2020).

Até então, a indivisibilidade teórica dos direitos humanos conflitava com a prática reiterada dos Estados que atribuíam ao DESCAs[3] uma progressividade não aferível por critérios objetivos, submetidas a juízos internos de oportunidade, conveniência, gestão orçamentária, além da tolerada denegação sobre prioridades de direitos, todas frutos do liberalismo clássico (LINS, 2009; CECATO; OLIVEIRA, 2016).

Importante registrar a doutrina de Cecato e Oliveira (2016) que suscita que os direitos sociais, integrantes dos DESCAs, fazem parte de uma busca diuturna voltada à concretização de tais direitos, com revezes constantes, além de idas e vindas por diversidade de ideologias, resultados da alternância de poder político e econômico que influenciam políticas públicas e as ações direcionadas à efetivação.

No dia 28 de agosto de 2020, a Corte IDH publicou a sentença do caso *Victorio Spoltore vs. Argentina*, registrando um marco na interpretação do tribunal acerca da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais para além do simbolismo que, por anos, permeou a jurisprudência internacional no âmbito do sistema regional.

A análise da resolução conferida pelo órgão jurisdicional interamericano se mostra importante para compreender os avanços obtidos desde o caso pa-

radigmático *Lagos del Campo vs. Peru*, mencionado diversas vezes nos novos julgados que se seguiram à atividade da Corte IDH em matéria de efetivação do DESCAs.

Por meio de pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico e pelo método hipotético dedutivo, este artigo visa verificar se houve, de fato, uma evolução da jurisprudência da Corte IDH e a manutenção de uma postura ativista em matéria de direitos sociais, a partir da análise do julgamento do Caso *Spoltore vs. Argentina*, o último julgado que inseriu mais conteúdo à complexidade do direito à progressividade do art. 26 da CADH, firmando a interpretação baseada no *corpo iuris* internacional.

Para tanto, o artigo foi dividido em três partes. Na primeira parte, retrata-se, de forma retrospectiva, como era o entendimento jurisprudencial da Corte IDH em casos que tangenciavam direitos considerados de natureza econômica, social e cultural.

Na segunda parte, aborda-se a virada jurisprudencial da Corte IDH, a partir do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, do ano de 2017, e como os DESCAs passaram a ser dotados de conteúdo de justiciabilidade autônoma, por meio de reconhecimento da violação direta ao artigo 26 da CADH, fazendo-se, inclusive, uma retrospectiva histórica dos objetivos iniciais do SIDH[4] e a previsão limitada dos DESCAs no texto direto da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na terceira parte, analisam-se os avanços alçados no caso *Spoltore vs. Argentina* do ano de 2020 sobre os DESCAs, investigando-se a hipótese da pesquisa, quanto à consolidação do novo entendimento jurisprudencial que permite inserir nova roupagem ao artigo 26 da CADH, especificamente na matéria de direitos trabalhistas reflexos do dever de proteção à saúde do trabalhador e da garantia do meio ambiente de trabalho sadio.

1. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICO, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Nas lições de Ramos (2018, p. 66-67), os direitos sociais consistem essencialmente em prestações que são exigíveis do Estado e da sociedade para superação de desigualdades fáticas e situações materialmente ofensivas à dignidade humana, como saúde, educação, lazer, seguridade social, entre outros.

Para o supracitado autor, a maior controvérsia para a efetividade desses direitos está diretamente ligada ao arbítrio dos Estados na alocação de recursos

disponíveis, sob o argumento da “reserva do possível”, o que, numa sociedade democrática, competiria à tomada de decisão sobre a matéria aos Poderes Executivo e Legislativo.

Para Lins (2009), a efetividade dos direitos sociais esbarra no denominado tripé denegatório que se constitui por (i) suposta baixa densidade normativa, (ii) reserva do financeiramente possível e (iii) as reservas do legislador e do administrador; o que lhes outorga caráter programático, impede a justiciabilidade plena e, por conseguinte, a sua efetividade.

Para Nikken (2010, p. 110), juiz da primeira composição da Corte IDH, a dificuldade de efetivação do bloco de direitos do DESCAs está ligada ao fato de que não só depende da atuação dos órgãos governamentais, mas também da conquista de uma ordem social na qual imperaria uma distribuição de bens de forma justa.

Isso atrai a dificuldade de que toda pessoa deve ter seus direitos satisfeitos, cuja violação se torna um fato ilícito, tornando imperiosa a necessidade de definições de políticas públicas, prioridades de gastos e hierarquias que não dependem da função jurisdicional, mas essencialmente da democracia, da participação política e das lutas sociais.

Continua o supracitado autor a defender que em âmbito internacional, optou-se por atribuir a fiscalização de cumprimento de instrumentos normativos com previsão de DESCAs a órgãos não jurisdicionais, ou quase jurisdicionais, que tratam de informes periódicos, sem que se trate de violações ou infrações denunciadas, o que enfraquece e desvaloriza a natureza jurídica desses direitos (NIKKEN, 2010, p. 111-112)

Dentro do SIDH, a realidade de proteção a tais direitos também é ambivalente, e, na doutrina de Matos (2015), deve-se destacar a própria disposição normativa da CADH[5], na qual se encontra um rol extensivo de direitos individuais e políticos, enquanto a única disposição no texto direto da CADH[6] acerca de direitos sociais consta no art. 26, que estabelece o direito ao desenvolvimento progressivo.

Na jurisprudência da Corte IDH, o direito à progressividade de direitos sociais, embora analisado em diversos casos, não era expressamente declarado violado, mas tangenciado como consequências a violações de direitos civis e políticos, como ao direito à vida e à integridade física, conglobando a análise da vida digna.

A título de exemplo, no julgamento caso Villagran Morales (Ninos de La calle) vs. Guatemala, a Corte IDH, embora tenha reconhecido violação a direitos sociais mínimos que garantissem a sobrevivência e o desenvolvimento de uma vida digna a crianças e adolescentes em situação de rua, acabou por reputar violação apenas ao direito à vida e à integridade pessoal em relação aos direitos da criança (CORTE IDH, 1999).

Embora atuassem pela linha argumentativa da dimensão positiva do direito à vida, concorda-se com Matos (2015), quando afirma que era uma estratégia que se mostrava razoável para curto prazo, mas sem qualquer pretensão de efetivar o sistema de proteção ao DESCA, mostrando incoerência na ambiguidade normativa quando se reduz a força normativa desses direitos no continente americano.

Da mesma forma, pode-se citar o caso Ninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, julgado em 2005, na qual a Corte IDH considerou que o Estado deveria prover educação primária gratuita a todos as crianças e adolescentes, no contexto de proporcionar um ambiente de condições propícias ao desenvolvimento intelectual pleno, citando, para tanto, o art. 26. Todavia, reconheceu-se a violação tangencial desse artigo com base na lesão primária aos arts. 3 e 18, em relação ao art. 19, também da CADH, quanto ao reconhecimento de personalidade jurídica e ao direito ao nome (CORTE IDH, 2005).

Em matéria de direitos previdenciários e seguridade social, no julgamento do caso Cinco Pensionistas vs. Peru, afastando análise de direitos subjetivos oriundos do direito ao desenvolvimento progressivo, a Corte IDH fundamentou que o critério utilizado pelo Tribunal era tão somente medir a crescente cobertura do DESC (não se incluíam direitos ambientais, no original, em espanhol) sobre o conjunto populacional com imperativos de equidade social, e não em função de grupos limitados de pensionistas (CORTE IDH, 2003).

Desde o início da judicialização de direitos sociais no SIDH, observou-se, por muito tempo, sua limitação, sempre vinculado a um direito autônomo diferenciado, consubstanciado em outros artigos da CADH, alinhado ao reconhecimento e à reafirmação histórica de sua natureza de programaticidade e diferenciação à força normativa dos direitos de natureza civil e política. No entanto, essa linha jurisprudencial da Corte IDH passou a mudar a partir do caso Lagos del Campo vs. Peru, conforme se demonstra a seguir.

2. O PARADIGMA: CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERU E A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O caso Lagos del Campo vs. Peru é reconhecido como paradigmático na jurisprudência da Corte IDH, tendo em vista que conferiu justiciabilidade direta e autônoma ao artigo 26 da CADH.

O reconhecimento da violação ao art. 26 da CADH (direito à progressividade), e da responsabilidade estatal por tal dispositivo, verificou-se com a aplicação do princípio *iura novit curia*.

Explica-se: o reconhecimento foi realizado de ofício pelo próprio tribunal, ao considerar que os fatos violatórios foram suficientemente ventilados nas jurisdições interna e internacional. Ao atuar de ofício e não por imputação dos envolvidos, é possível verificar a inclinação da Corte IDH em reconhecer violações aos direitos sociais (ROSA; BEBER, 2019).

Embora haja críticas na atribuição de uma suposta norma em branco para criação ativista de conteúdo à progressividade dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, vale ressaltar as lições de Trindade (2017, p. 60) para o qual a Corte IDH realiza o papel relevante de realizar a justiça, e não uma busca estéril de protagonismos, transgredindo, assim, caminhos que não contribuem para efetivação dos direitos humanos para além das amarras teóricas.

Segundo Piovesan (2014, p. 78), em 1978, a CADH passa a atuar em cenário totalmente diferente do vivido atualmente, no qual, dos 11 primeiros Estados-Partes que a ratificaram, menos da metade estava vivendo momentos democráticos, e os demais estavam submersos a regimes ditatoriais. Tal fato justifica que a CADH, no momento de sua redação em 1969, buscou atentar primeiramente para reparos aos países que não garantiam sequer direitos civis e políticos mínimos para a população latino-americana.

Nesse sentido, a autora pondera a importância da estruturação inicial do SIDH que, ao contrário da Europa, teve a missão de tratar, primeiramente, de Estados ditatoriais, permitindo a desestabilização dos regimes de exceção e suas práticas conhecidas com base na punição internacional, e, atualmente, solidifica a proteção a grupos vulnerabilizados (PIOVESAN, 2014, p. 79).

Para se chegar a tal estágio, a evolução da Corte IDH perpassa pela própria história da América Latina e a tardia democratização pós-ditaduras, remetendo-se a momentos iniciais de atuação: a etapa de opiniões consultivas, os primeiros julgados hondurenhos sobre desaparecimentos forçados, julgamentos

acerca da justiça de transição e os alicerces democráticos que pavimentam o *ius commune* latino-americano (RAMÍREZ, 2013).

Segundo as lições de Piovesan (2017), utilizando-se da interpretação viva da CADH, a Corte IDH ponderou que o direito à vida na concepção apenas de “não matar” como dever do Estado estava superada, assumindo-se também uma dimensão positiva, na qual se abrange a dignidade da vida humana e a possibilidade de explorar a potencialidade do desenvolvimento de um projeto de vida, o que atrai, ainda, a análise da efetivação do DESCAs como bloco de direitos humanos a serem estruturados pelos Estados.

Sob essa ótica, tem-se que o caso *Lagos del Campo vs. Peru*, na doutrina de Nascimento, Correa e Fernandes (2020), representou um rompimento da auto restrição judicial da Corte IDH, sendo importante julgamento com viés ativista daquele Tribunal, que permitiu mostrar as peculiaridades da América Latina na emancipação da sua região, conferindo autonomia de análise da efetivação do DESCAs, reconhecendo-os como direitos humanos interdependentes e indivisíveis.

Após o julgamento do caso *Lagos del Campo vs. Peru*, registraram-se novos avanços da Corte com a publicação da sentença do contencioso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, em 8 de março de 2018, na qual a Corte reafirmou a interdependência entre direitos civis e políticos e os direitos econômicos, culturais, sociais e ambientais como um todo de direitos humanos sem hierarquia entre eles e exigíveis em sua amplitude indivisível (CORTEIDH, 2018).

A Corte IDH rememorou que no caso *Acevedo Buendia vs. Peru*, foram expostas as tratativas preparatórias da CADH e a intenção dos Estados para que as condições de implementação de tais direitos fossem possíveis, inclusive com a necessária atuação dos Tribunais internos para uma obrigatoriedade jurídica como mecanismos de proteção e promoção.

O julgamento em análise representou-se nova fase evolutiva da jurisprudência da Corte IDH, que incluiu como conteúdo do direito à progressividade o meio ambiente laboral, até mesmo independente do direito ao trabalho[7], reiterando-os por meio das condições equitativas e satisfatórias de trabalho, bem como o próprio direito de acesso ao Poder Judiciário como instrumento protetivo e, para o referido Tribunal, acessório ao direito material[8].

Nas considerações da Corte IDH, os direitos advindos do art. 26 da CADH podem ser extraídos da interpretação da Carta da OEA referente a direitos econômicos, sociais e sobre educação, ciência e cultura, bem como de outros

documentos que servem ao *corpus juris* em matéria de direito internacional dos direitos humanos.

Quinze anos depois do caso Cinco Pensionistas vs. Peru, o panorama se altera e, no caso San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela, publicado em 8 de fevereiro de 2018, a Corte IDH incluiu, à revelia da própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a apreciação de violação a direitos trabalhistas subjetivos pelo não pagamento de verbas derivadas do rompimento de contratos de trabalho, conforme alegações das vítimas que foram levadas a efeito durante o julgamento.

Nesse julgado venezuelano, a Corte IDH prospectou que a terminação de contratos por represália à liberdade de expressão, bem como ao exercício do direito de participação política, é discriminatória, mais ainda quando utilizada como instrumento de intimidação e de amedrontamento de trabalhadores que queiram externar posicionamentos políticos ou dissidências de opiniões, o que deve ser reprimido tanto em âmbito privado, quanto no setor público (CORTE IDH, 2018).

No julgado mais recente, objeto principal deste trabalho, a Corte incluiu novo conteúdo ao art. 26 da CADH, **afirmando** que o direito do trabalho abarca em si o direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, **definindo** o contexto de verificação das condições equitativas e satisfatórias de trabalho e **verificando** as afetações sobre ele que possam imputar dano à saúde do trabalhador.

Para tanto, a Corte IDH interpretou o conteúdo do art. 26 da CADH com base no *corpus iuris* internacional que extrai, por exemplo, do art. 45, alíneas *b* e *c* da Carta da Organização dos Estados Americanos em conjunto com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e das disposições do art. 29.d da CADH, a aplicação de normas gerais do Direito Internacional para interpretação e aplicação da Convenção Americana.

Utilizando-se da conceituação trazida pelo Protocolo de San Salvador (1999), a Corte identificou como condição de trabalho protegida pelo SIDH, a proteção à saúde do trabalhador, tendo como exemplo a prevenção contra mortes, lesões e enfermidades ocasionadas pelo labor, a teor da Convenção n. 155 da OIT, que estabelece, entre outros aspectos da segurança e saúde do trabalhador, uma política contínua nacional coerente com a prevenção de acidentes e redução de riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho (OIT, 1981).

Tal interlocução entre o SIDH e as normas de direito internacional do trabalho, reforçam a integridade do *corpus iuris* de proteção a direitos humanos,

bem como atribuem proteção especial ao meio ambiente do trabalhador, considerando o termo “saúde” não só como a não afecção ou ausência de doenças, mas como a construção de proteção contra elementos físicos e mentais que possam afetar à saúde e estejam relacionados com a segurança e higiene do trabalho (PADILHA; DI PIETRO, 2017).

Esse posicionamento foi reforçado no caso *Pobllete Vilches y otros vs. Chile*, em que se considerou que o direito à saúde, também intrinsecamente previsto no conteúdo das disposições de progressividade, abarca um completo estado de bem-estar físico, mental e social, derivando-se um estilo de vida equilibrado (CORTE, 2018).

Já no caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru*, com publicação da sentença em 23 de novembro de 2017, a Corte fundamentou a responsabilidade estatal por violação ao direito do trabalho também pela ineficiência estatal em garantir reparações por dispensas coletivas em massas com intervenção do Poder Executivo no setor público para racionalização de pessoal e promoção de investimentos privados.

Da mesma forma, no caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (2018), a Corte analisou o direito subjetivo da proteção do trabalhador contra despedidas arbitrárias, sendo dever estatal garantir o pagamento das indenizações previstas nas legislações internas, bem como a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para garantia desses direitos.

No caso *Spoltore vs. Argentina* (2020), a Corte IDH deu grande passo a solidificar o direito de acesso ao Poder Judiciário como parte do bloco de direitos do DESC, reputando que o direito a condições de trabalho favoráveis e satisfatórias engloba efeito imediato, não se submetendo à normativa de progressividade própria dos direitos sociais, constituindo-se na obrigação estatal de efetivar instrumentos capazes de garantir que trabalhadores afetados por um acidente ou enfermos por causas laborais possam pleitear indenização.

As demais obrigações intrínsecas a esse direito estão diretamente ligadas ao constante avanço do Estado na matéria de proteção à saúde do trabalhador, com vedação à regressividade. No caso *Spoltore vs. Argentina*, a Corte IDH registrou que não se tratava de discussão acerca de análise de obrigações progressivas do Estado, mas sim de garantia de acesso à Justiça para reparação de violações a direitos subjetivos a condições sadias de trabalho, o que se abordará com mais detalhamento no tópico subsequente.

3. SPOLTRE VS. ARGENTINA: DIREITO A CONDIÇÕES DE TRABALHO EQUITATIVAS E SATISFATÓRIAS NO SIDH

No caso *Spoltore vs. Argentina*, o Sr. Victorio Spoltore trabalhava em determinada empresa privada por mais de 20 anos, tendo exercido durante o contrato de trabalho diversos cargos, sendo o último de Chefe-Capataz. No dia 14 de maio de 1984, veio a sofrer um infarto durante a jornada de trabalho dentro das instalações da empresa, com retorno ao trabalho após seis meses de afastamento (CORTE IDH, 2020).

Em 1985, o Sr. Spoltore iniciou os trâmites para aposentadoria por invalidez, sendo que em 11 de maio de 1986, sofreu novo infarto que, segundo a Junta Médica Previdenciária, comprometeu cerca de 70% da capacidade do trabalhador, o qual desenvolveu cardiopatia coronária severa e depressão neurótica. Por referido motivo, ele foi aposentado em 28 de novembro de 1986, trabalhando na referida empresa até maio de 1987 (CORTE IDH, 2020).

O Sr. Spoltore ajuizou, na órbita interna do Estado argentino, demanda trabalhista em 30 de junho de 1988, alegando que adquiriu a cardiopatia em virtude das condições de trabalho e, como agravamento da enfermidade, passou a ter tratamento hostil pelo empregador. O processo foi sentenciado nove anos após o ajuizamento e, em 3 de junho 1997, o Tribunal do Trabalho julgou improcedentes os pedidos, considerando que a enfermidade não foi adquirida em virtude do trabalho e não vislumbrando causa laboral, maus tratos ou mesmo agressões ao empregado (CORTE IDH, 2020).

Mesmo tendo interposto recursos para cassação e reforma do julgado, o trabalhador não obteve êxito, embora em reclamação disciplinar contra o Tribunal do Trabalho, o autor tenha obtido pronunciamento favorável quanto à extrapolação da duração razoável do processo, cujas informações pela Inspeção apontam que a demora se deu em virtude do atraso na perícia judicial e de notificações, o que seria justificável pelo acúmulo de serviços judiciais no período, resultando em advertência à Secretaria do Tribunal interno (CORTE IDH, 2020).

Antes de adentrar no mérito do contencioso contra Argentina, a Corte IDH reafirmou não ser quarta instância, portanto, não cabendo a ela reconhecer que a enfermidade da suposta vítima seria de origem laboral, nem mesmo questionar a sentença judicial (CORTE IDH, 2020).

Embora tenha reconhecido parcialmente a responsabilidade internacional por violação à duração razoável do processo (art. 8 e 25, CADH) pelo elasteci-

mento por 12 anos do curso processual, a Corte IDH analisou a violação autônoma do direito de acesso à justiça como componente dos direitos trabalhistas e previdenciários assinalado no precedente caso *Muelle Flores vs. Peru*, julgado pela Corte no ano de 2019.

Tal fato representou grande avanço quanto aos direitos sociais por demonstrar que a Corte IDH reputa que o direito de acesso à justiça como instrumento reparador a desvios de igualdade, considerando a possibilidade e a faculdade de acionamento estatal como mecanismo necessário para as pessoas que sofram limitações, violações ou restrições a esses direitos (SILVA, 2018).

No caso argentino, a Corte IDH concluiu que como componente do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, o direito de acesso à justiça fora violado pela demora processual, portanto, também atentando ao direito à progressividade contido no art. 26 da CADH, além do próprio dano pela tutela judicial tardia (art. 8.1 e 25, CADH).

A análise da Corte IDH foi assertiva em considerar que do direito ao trabalho deriva o direito a condições decentes de trabalho, retirando, assim, autonomia da violação a direitos trabalhistas típicos em relação a possíveis danos oriundos do meio ambiente de trabalho. Tal análise contribui sobremaneira para consolidar o que também foi normatizado por meio da Opinião Consultiva 23/2017, acerca das obrigações estatais em relação ao meio ambiente e direitos humanos, o que inclui condições de trabalho seguras e sãs (CORTE IDH, 2017).

Cabe o registro que em relação à violação a direito à propriedade comunitária indígena e meio ambiente saudável, alimentação adequada, água, identidade cultural, no caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*, a Corte IDH também condenou o Estado analisando pela primeira vez tais lesões como incidentes sobre o direito ao desenvolvimento progressivo (CORTE IDH, 2020).

Nas conclusões de medidas reparatórias do caso *Vitorio Spoltore*, igualmente a Corte IDH reputou que a publicação da sentença com letras legíveis a torná-la acessível aos cidadãos *per se* já se configura como reparação, somando-se às indenizações por danos imateriais e outras sanções pecuniárias a serem revertidas ao Fundo de Assistência Legal de Vítimas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No julgamento do caso *Spoltore vs. Argentina*, percebe-se, a partir da divergência manifestada pelo Juiz Humberto Antonio Sierra Porto, em que faz remissão aos fundamentos dissidentes já expostos no caso *Lagos del Campo vs. Peru*, que a aplicação do art. 26 da CADH como catálogo aberto de direitos

sociais, econômicos, culturais e ambientais derivados da Carta da OEA e da Declaração Americana de Direitos Humanos, não é unanimidade na jurisprudência internacional, já que decorre da atividade hermenêutica criativa das disposições convencionais (CORTE IDH, 2017, 2020).

Para o Juiz Sierra Porto, o art. 26 da CADH abarca o direito que permite à Corte supervisionar o cumprimento da obrigação de desenvolvimento progressivo e sua consequência de não regressividade, o que, em seu entender, extrapola a competência da Corte IDH na análise dos julgados que dão conteúdo amplo às disposições convencionais com base em outras declarações, tratados e outros instrumentos de baixo poder normativo (*soft law*) (CORTE IDH, 2017).

Segundo Perez (2019), ao analisar o caso *Cuscul Piraval y otros vs. Guatemala*, no qual a Corte IDH também ponderou sobre conteúdo do direito à progressividade, mas referente ao direito à saúde, Sierra Porto apontou a dificuldade de discernir em que ponto a condenação com base no art. 26 da CADH se configurava em duplicidade (*bis in idem*) por violar, por exemplo, o direito à vida, o que não permitiria condenações com base em disposições progressistas.

O autor critica as razões dissidentes do Juiz Sierra Porto, pois a não materialização de um direito social também se categoriza como regressividade, já que a progressividade importa também na cobrança de prestações positivas dos Estados (disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade), o que confronta diretamente precedentes internos dos Estados que foram construídos para não efetivar o catálogo DESCAs e submetê-los ao arbítrio estatal (PEREZ, 2019).

Continua Perez em defender que a Corte IDH, ao dar conteúdo ao desenvolvimento progressivo, faz com base no art. 29 da CADH que garante o uso dos métodos interpretativos para extração das normas da própria CADH de acordo com não só a sua literalidade, mas também com critérios de sistemática de proteção a direitos humanos (*corpus iuris*), de teleologia (a finalidade de proteção não limitadora a direitos humanos) e de complementaridade (análise da historicidade da redação dos direitos convencionais), portanto, não ocorria interpretação rasa e programática que antes se tinha da referida disposição (PEREZ, 2019).

Em que pese o voto dissidente e a votação majoritária não unânime da Corte IDH, compartilhamos do entendimento de Perez (2019), no sentido de que a prevalência da programaticidade dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais é remanescente de um antigo debate que relegava aos DESCAs a condição de direitos inferiores, não justicializáveis e não dotados de garantias

de executoriedade, o que, agora, dá espaço a um triunfo jurídico e simbólico pela atividade jurisprudencial da temática.

Importante menção às lições de Souza e Dias (2019), para os quais a jurisprudência da Corte IDH caminha para superação dos limites gramaticais do art. 62.3 da CADH, com atualização do SIDH ao movimento global de proteção integral a direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, principalmente em acompanhamento às previsões contidas nas Constituições internas dos países latino-americanos.

Em verdade, a Corte IDH por meio da consciência específica dos problemas locais, vem contribuindo para o aperfeiçoamento dos Estados, influenciando a transformação do direito interno e colaborando para emancipação e para resolução gradual dos problemas que afetam diretamente a região, marcada por profundas desigualdades (FAVELA, 2012; PÉREZ, 2019).

Não se pode desconsiderar que o ordenamento jurídico que se forma entre normas internacionais e internas de direitos humanos conformam o bloco de convencionalidade, por meio da compreensão do termo *corpus iuris* que se projeta nas constituições internas em franco diálogo com a interpretação trazida pela Corte IDH como autêntica fundamentando *standards mínimos* (BORGES; PIOVESAN, 2019).

No caso em questão, a Corte IDH apreciou a denegação de acesso à justiça e a demora excessiva do processo judicial trabalhista movido pelo Sr. Victorio Spoltore contra seu empregador, quando discutia no processo interno possível enfermidade adquirida no local de trabalho e discriminação sofrida pelo agravamento de cardiopatia, tudo, autonomamente judicializável no SIDH e com base na violação direta do artigo 26 da CADH como cláusula aberta a novos direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, traçou-se a evolução da jurisprudência da Corte IDH no bloco de direitos denominados DESCAs, fazendo um paralelo entre a fase atual e os momentos anteriores em que o tribunal tangenciava as violações ao art. 26 da CADH em clara autorestrição judicial, sem de fato, comprometer-se em efetivá-los.

Demonstrou-se que, para o atual entendimento da Corte IDH, foi necessária uma postura criativa e ativista, já inaugurada no caso Lagos del Campo vs. Peru, reiterada e recorrente nos casos subsequentes, e mantida em 2020 no julga-

mento do *Spoltore vs. Argentina*, com todo o conteúdo de direitos subjetivos oriundos de direitos sociais apreciados.

Com a ampliação do catálogo dos DESCAs a partir de nova interpretação do artigo da 26 da CADH, a Corte IDH mostra a tendência de discussão e suporte aos estados do continente americano para superação de velhos paradigmas de cisão de efetividade dos blocos de direitos humanos, incluindo-se direitos trabalhistas, como a própria proteção do trabalhador contra danos à saúde e a manutenção de um ambiente equitativo e satisfatório como resultados do direito a um trabalho decente.

A inclusão do direito às condições saudáveis de trabalho e a devida disponibilidade a mecanismos como acesso judicial para reparação de lesões a ele como obrigação imediata, constrói a independência e a autonomia do DESCA, otimizando o conceito de progressividade para além das prestações positivas devidas pelos Estados, mas também reforçando aspectos de responsabilidade pela não materialização desses direitos.

A contribuição deste trabalho é a de confirmar que o movimento iniciado em 2017 pela Corte IDH em matéria trabalhista, continuou em desenvolvimento, abarcando novos desdobramentos e interpretação do conteúdo ao art. 26 da CADH, conforme o julgado no caso *Spoltore vs. Argentina*.

Nesse julgamento, o direito do artigo 26 da CADH abarcou a proteção da saúde do trabalhador contra acidentes e doenças do trabalho, imputando aos Estados a responsabilidade pela tutela de direitos trabalhistas violados, cuja apreciação e reparações devem ocorrer em prazo razoável, a fim de reduzir o dano marginal pela duração do processo e diminuir os já causados pelas condições desfavoráveis e insatisfatórias do trabalho.

O julgamento do caso *Spoltore vs. Argentina* reitera a proteção do SIDH à indivisibilidade e à interdependência dos direitos humanos, considerando o DESCA como integrante do *corpo juris* apreciável pela tutela da Corte IDH como conteúdo do direito ao desenvolvimento progressivo, não mais como obrigações de avanço contínuo estatal, mas como prestações imediatas de facilitação do acionamento estatal para coibir e tutelar violações e retrocessos que porventura se manifestem.

Verifica-se que a jurisprudência da Corte IDH caminha no sentido de que o direito de acesso à justiça é instrumento capaz de salvaguardar os direitos sociais, tornando-se os exigíveis e judicializáveis independente de critérios de

reserva do possível, com atribuição ao Poder Judiciário como fiel da balança para preservação do não retrocesso e dos direitos subjetivos consequentes.

Por fim, é possível afirmar que a jurisprudência da Corte IDH se consolida cada vez mais no sentido de dar justiciabilidade direta e exigência imediata aos DESCAs, o que se nota, inclusive, pelo debate levantado no voto minoritário e divergente do juiz Sierra Porto no caso *Spoltore vs. Argentina*, não deixando dúvidas de que a Corte assumiu para si essa postura ativista, visando, em julgamento consciencioso, a ratificar e a reafirmar a virada jurisprudencial inaugurada no caso *Lagos del Campo vs. Peru* no ano de 2017.

5. REFERÊNCIAS

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flavia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista direitos fundamentais & democracia**, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328/622>. Acesso em: 3 out. 2022.

BRASIL. **Decreto 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 12 out. 2022.

CECATO, Maria Aurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. **Prim@ Facie – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**, UFPB, João Pessoa, v. 15, n. 29, p. 1-25, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 5 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-23/17. Solicitada pela República de Colômbia. **Meio Ambiente e Direitos Humanos**. (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à

vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos). Publicada em 15 de novembro de 2017. Disponível em português: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/OpiniaoConsultiva23versofinal.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Acevedo Buendia y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú** (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 1 de julio de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Cinco Pensionistas vs. Peru. Fondo, Reparaciones y costas**. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Comunidades Indígenas Miembros de La Asociacion Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina**. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 13 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Cuscul Pivaryl y otros vs. Guatemala**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Lagos Del Campo vs. Perú** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 31 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Muelle Flores vs. Peru** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de marzo de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Niñas Yean Y Bosico vs. República Dominicana** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de noviembre de 2005 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf. Acesso em 15 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela** (Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de febrero de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentencia Caso Villagrán Morales vs. Guatemala** (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

FAVELA, José Ovalle. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em el derecho interno de los Estados latinoamericanos. **Bol. Mex. Der. Comp.**, México, v. 45, n. 134, p. 595-623, agosto 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 15 out. 2022.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194915>. Acesso em: 15 set. 2022.

MATOS, Monique Fernandes Santos. A Omissão da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/50142/35416>. Acesso em: 15 out. 2022. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.50142>.

NASCIMENTO, Laura Fernanda; CORREA, Igo Zany Nunes; FERREIRA, Adriano Fernandes. Caso Lagos del Campo vs. Peru e seu Duplo Papel Paradigmático na Evolução da Justiciabilidade de Direitos Sociais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Prima Facie**, v. 18, n. 39, p. 01-31, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/48760>. Acesso em: 30 set. 2022.

NIKKEN, Pedro. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 1, jan.-jun./1985. San Jose Costa Rica: El Instituto, 1985, republicação em 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25563.pd>. Acesso em: 15 out. 2022.

PÉREZ, Alexandro Diaz. (2020). Apuntes jurisprudenciales: La sentencia del caso Cuscul Piraval y otros Vs. Guatemala, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Latinoamericana De Derechos Humanos**, v. 30, n. 2. Disponível em: <https://doi.org/10.15359/rldh.30-2.12>. Acesso em: 30 set. 2022.

SENA, Adriana Goulart de Sena Orsini. Acesso à Justiça pela via dos Direitos Trabalhistas. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VALE, Sílvia Teixeira do; Ludwig, Guilherme Guimarães (Org.). **Hermenêutica constitucional do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, v. 1.

SILVA, Natália Saab Martins da. O acesso à Justiça na perspectiva das dimensões dos direitos humanos **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 18 out. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52342/o-acesso-a-justica-na-perspectiva-das-dimensoes-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 out 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Ius comuna constitucional* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: desafios e desafios. **Rev. Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v.

8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201356&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 set. 2022. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029>.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **REDESG – Revista direitos emergentes na sociedade global: vinculada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Maria**, Santa Maria, v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jun. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/2316305416282>. Disponível em: <http://periodicos.ufsm.br/index.php/redesg/article/view/16282#.xbphyohkjiv>. Acesso em: 30 set. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROSA, Marina de Almeida. E se o ativismo chegar às Cortes Supranacionais. **Rev. Fac. Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, MG, v. 47, n. 1, p. 225-251, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/47479>. Acesso em 20 set. 2022.

SOUZA, A. P. J.; DIAS, C. A. G. C. O caso Poblete Vilches vs. Chile e a Tutela do Direito à Saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga. (Org.). **Studi Sui Diritti Emergenti**. Reggio Calabria: Mediterranea International Centre for Human Rights Research, 2019, v. 1, p. 222-229.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais e a realização da justiça**. 2. Ed. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

[3] Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), sigla que consolida bloco de direitos, sob a matriz coletiva para além daqueles direitos humanos de primeira geração, oriundos da liberdade individual.

[4] Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH, 1948), criado a partir da aprovação da Declaração Americana de Direitos do Homem pelos estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

[5] Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), tratado internacional de direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano, compromisso firmado entre os países da Organização dos Estados Americanos (OEA).

[6] Retrata-se, aqui, o texto direto da Convenção Americana de Direitos Humanos e não o Protocolo de San Salvador.

[7] Importante frisar que não se trata de fracionamento de direitos a ponto de esvaziar a proteção trabalhista, mas o destaque feito pela Corte IDH ao direito ao meio ambiente do trabalho sadio revela a preocupação com a dignidade do trabalhador na projeção da própria proteção ao meio ambiente.

[8] Por amor ao debate, cabe aqui criticar o desenvolvimento hermenêutico do acesso à justiça referenciado pela Corte IDH, já que centralizado no acesso ao poder-dever estatal, privilegiando a atuação estatal passível de responsabilização internacional, conteúdo que reputamos insuficiente para a problemática atual e o acesso pela via dos direitos, na perspectiva da busca aos desideratos de Justiça (SENA, 2019).

SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPLEXIFICAÇÕES QUE PRECARIZAM

Guilherme Guimarães Feliciano

Professor associado III do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (TRT 15). Coordenador-chefe dos grupos de pesquisa e extensão "O trabalho além do Direito do Trabalho" (NTADT) e "Meio Ambiente do Trabalho" (GPMAT), ambos vinculados à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Contato eletrônico: guilhermefeliciano@trt15.jus.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0028206539888072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2845-5966>.

Claudirene Andrade Ribeiro

Doutoranda em direito do trabalho e seguridade social pela Universidade de São Paulo. Mestra em direito do trabalho e em educação pela Universidade Federal do Mato Grosso. Pesquisadora do núcleo de pesquisas "O Trabalho além do Direito do Trabalho" (NTADT), integrante da comissão de estudos relativos a questões de raça no direito internacional, no direito brasileiro, na sociedade e na magistratura. Juíza titular da 2ª Vara do Trabalho de Tangará da Serra (TRT 23). Contato eletrônico: claudireneribeiro@trt23.jus.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5753142052200745>.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade à vista da Súmula Vinculante 4 do STF, que proíbe a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem, e bem assim à luz da decisão proferida na Reclamação 6.266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, como também das Reclamações 6.277, 6.275 e 8.436 a ela apensadas, em face da Súmula 228 do TST. A SV 4, como se sabe, proibiu a utilização do salário mínimo como indexador da economia; e, a partir dessa tese, a Súmula 228 do C. TST consolidou o entendimento de que, no cálculo do adicional de insalubridade, o salário mínimo poderia ser substituído pelo salário básico do salário do trabalhador, salvo critério mais vantajoso estabelecido em norma coletiva como base de cálculo do adicional de insalubridade. Recorria-se à analogia, por ausência de base normativa para esse cálculo, a partir do reconhecimento da não recepção do art. 192 da CLT, quanto à base de cálculo do adicional. Essa tese, porém, foi desautorizada pelas sucessivas reclamações constitucionais referenciadas.

Para tal estudo, lança-se mão de pesquisa doutrinária acerca dos objetivos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade e de levantamento e análise crítica – ainda que breve – das principais decisões do STF que levaram à fixação da Súmula Vinculante 4, como também das reclamações que resultaram na suspensão e na posterior cassação da Súmula 228 do TST. E, nesse encaixo, o texto divide-se em três partes.

Na primeira parte, levantam-se os pressupostos do debate e apontam-se os fundamentos do pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade, assim como os seus pontos de contato. Apresenta-se, ademais, o conteúdo da Súmula Vinculante 4 do STF e da Súmula 228 do TST, em primeira aproximação crítica.

Na segunda parte, resgatam-se as reclamações ajuizadas em face da Súmula 228 do TST e as decisões proferidas nesse ensejo, como também no Recurso Extraordinário 565.714/SP.

Na derradeira parte, apontam-se as razões pelas quais se entende equivocada a premissa perfilhada pelo Plenário do STF ao cassar a Súmula 228 do TST e vedar a aplicação da autointegração jurídica do sistema, por meio da aplicação do salário contratual do trabalhador como base de cálculo para o adicional de insalubridade (i.e., por intermédio da analogia).

Voilà.

1. PRESSUPOSTOS DO DEBATE: O ARTIGO 192 DA CLT, A SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF, A LACUNA DO SISTEMA LEGISLATIVO E A SÚMULA 288 DO TST

Convém inicialmente apontar os pressupostos da discussão que ora se estabelece: o art. 192 da CLT, a Súmula 4 do STF e a Súmula 288 do TST. Vejamos.

O art. 192 da CLT estatui a obrigatoriedade do pagamento do adicional de insalubridade, conforme o respectivo grau, nos percentuais de 10, 20 e 40%, conforme aferição que, no plano judiciário, exige perícia técnica nos autos (remissão das “provas tarifárias” que persistiu no processo laboral), ressalvadas as naturais impossibilidades (assim, *e.g.*, no caso de estabelecimentos ou setores desativados, em que geralmente se recorre a provas emprestadas ou indiretas).

Diz a redação do art. 192 da CLT, dada pela Lei n. 6.514/1977:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

Como se vê, o exercício de qualquer labor em condições insalubres enseja o pagamento de um adicional que tem por objetivo a compensação do maior desgaste em que as condições de trabalho são exercidas e que normalmente acarretam prejuízos à saúde do trabalhador, a médio e longo prazos, em razão do contato com determinadas agentes físicos, químicos ou biológicos. É que a exposição a tais agentes promove microtraumas ou microcontaminações que, acumulando-se ao longo do tempo, terminam por engendrar doenças ocupacionais, *i.e.*, doenças profissionais, ditas **tecnopatias** (Lei n. 8.213/1991, art. 20, I), ou doenças do trabalho, ditas **mesopatias** (Lei n. 8.213/1991, art. 20, II). A própria etimologia do termo remete, aliás, a essa característica: o vocábulo “insalubre” vem de radical latino que significa “tudo aquilo que origina doença, e a insalubridade é a qualidade de insalubre” (SALIBA, CORREIA, 2004, p.11)

O artigo 189 da CLT, por sua vez, apresenta o conceito legal de **insalubridade**, nos seguintes termos:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

De outra parte, a legislação trabalhista estabelece e desdobra o conceito de **periculosidade**, ontologicamente próximo daquele de insalubridade. Ambos, trabalho perigoso e trabalho insalubre, são, ao lado do **trabalho penoso** (previsto no art.; 7º, XXI, da CRFB, mas jamais regulado como tal pelo legislador ordinário), hipóteses de **trabalho perverso**, para trazer à baila o célebre macro-conceito de FERREIRA PRUNES (2000, *passim*). E, nesse diapasão, importa aqui tratar também do conceito legal de periculosidade, como ainda do dispositivo legal que estipula a base para o pagamento do adicional reservado ao trabalho exercido em condições perigosas.

A periculosidade, paga em razão do exercício de atividade consideradas perigosa para o trabalhador, nos estritos termos da Norma Regulamentadora 16 (escorada na Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978, do extinto Ministério do Trabalho), resulta no pagamento do adicional previsto no parágrafo 1º do art. 193 do diploma celetista, segundo o qual “[o] trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”.

A conceituação legal da periculosidade, ademais, é dada pelo art. 193 da CLT, nos termos abaixo:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem em contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

Pode-se dizer que a insalubridade agride o trabalhador de modo lento e apresenta efeitos deletérios a médio e longo prazo, como acima antecipado, enquanto a periculosidade representa um risco imediato (MESQUITA, TAVARES, 2017, p. 284-285), que, se convertido em dano, gera sinistro de caráter grave, extenso e súbito. Contudo, ambas são devidas em decorrência do exercício do labor em condições prejudiciais à saúde e à integridade do trabalhador.

Atendendo-se à dimensão dinâmica do princípio constitucional da proteção, que se revela constitucionalmente como (sub-)princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput, in fine*) e como princípio da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo (art. 7º, XXII¹, c/c 225, *caput* da CRFB/88), é necessário avançar

1 O artigo 7º, XXII, CF assegura que o trabalhador tem direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Eis o que Sebastião Geraldo de Oliveira

em modos de produção que mais bem protejam a saúde e a integridade do trabalhador: a proteção psicossomática do trabalhador é um **vetor juridicamente necessário** para o investimento capitalista, inclusive em perspectiva **progressiva**, sempre que isto seja possível em razão do estado da técnica. Assim, deve o empregador buscar melhorias paulatinas nas condições de segurança dos maquinários em geral (v., e.g., art. 12 da Convenção OIT 155²) e na eficácia dos equipamentos de produção coletiva e individual³, p. ex., tendo sempre como objetivo a eliminação dos agentes insalubres (e, em não sendo possível, a sua neutralização ou, sucessivamente, a sua redução, *ex vi* das NR 9, item 9.3.2, e da NR 15, item 15.4, entre outras).

Nada obstante, em não sendo possível a implementação de condições adequadas à saúde do trabalhador, e não sendo tampouco exigível a abolição da atividade econômica – o que nos devolve à questão do estado da técnica e do desenvolvimento sustentável –, será de rigor **compensar economicamente** o indivíduo sujeito ao trabalho em condições insalubres. Essa “solução de compromisso” foi desenhada pela própria CRFB/88, em seu artigo 7º, XXIII, ao assegurar ao trabalhador o direito ao pagamento de “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”⁴.

denomina de **princípio do risco mínimo regressivo** (2011, p.148), mas que na verdade é apenas a expressão juslaboral do princípio ambiental da melhoria contínua.

2 *In verbis*: “Art. 12 – Deverão ser adotadas medidas em conformidade com a legislação e a prática nacionais a fim de cuidar de que aquelas pessoas que projetam, fabricam, importam, fornecem ou cedem, sob qualquer título, maquinário, equipamentos ou substâncias para uso profissional: a) tenham certeza, na medida do razoável e possível, de que o maquinário, os equipamentos ou as substâncias em questão não implicarão perigo algum para a segurança e a saúde das pessoas que fizerem uso correto dos mesmos; b) facilitem informações sobre a instalação e utilização corretas do maquinário e dos equipamentos e sobre o uso correto de substâncias, sobre os riscos apresentados pelas máquinas e os materiais, e sobre as características perigosas das substâncias químicas, dos agentes ou dos produtos físicos ou biológicos, assim como instruções sobre a forma de prevenir os riscos conhecidos; c) façam estudos e pesquisas, ou se mantenham a par de qualquer outra forma, da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos necessários para cumprir com as obrigações expostas nos itens ‘a’ e ‘b’ do presente artigo”.

3 Sem prejuízo da importância do uso dos EPIs, cujo uso e condições encontram-se tratados na NR 6 do extinto Ministério do Trabalho, cumpre lembrar a hierarquia já reportada no texto principal: em primeiro lugar, devem ser assegurados os EPCs, mais aptos para a neutralização dos agentes nocivos, se não for possível a sua própria eliminação; apenas nas hipóteses de insuficiência ou impossibilidade da atuação eficaz dos EPCs é que se deve lançar mão dos EPIs, consoante estabelecido no item 15.4.1 da NR 15.

4 A penosidade ainda não foi objeto de regulamentação legal, não obstante já decorridos trinta e dois anos da promulgação da CRFB/88. Tal lacuna normativa demandaria longa discussão, que foge aos

Logo, bem se infere da leitura dos incisos XXII e XXIII do art. 7º da CRFB/88 que os dois direitos em testilha – o direito à redução dos riscos inerentes e o direito aos adicionais de remuneração por trabalho perverso – convivem em harmonia e são compatíveis, se compreendidos nos termos da base principiológica que os sustém; e, não por outra razão, sustentamos alhures que a aparente “colisão” entre esses preceitos (um de corte prevencionista e outro de corte monetista) configura uma antinomia **aparente** do Direito Ambiental do Trabalho, perfeitamente equacionável (FELICIANO, 2002, *passim*). Para tal equação, a melhor leitura a ser realizada é a de que os pagamentos dos adicionais devem ser realizados de forma supletiva, vale dizer, apenas quando não for possível a eliminação, neutralização ou redução a níveis toleráveis do agente penoso, insalubre ou perigoso; e é assim porque, à luz da semântica constitucional vigente, o objetivo maior sempre será a preservação da saúde e da vida do trabalhador, concedendo-se à monetização (i.e., à compensação econômica), por exceção – e de acordo com a evolução do estado da técnica –, apenas nas hipóteses em que não for viável, econômica e/ou tecnicamente, a manutenção do meio ambiente do trabalho em condições de plena indenidade. Noutras palavras, a sociedade tolera o risco agravado, sob tais circunstâncias, em prol do avanço do bem-estar comum e do desenvolvimento econômico. Mesmo em tais condições, todavia, o trabalhador sujeito a condições insalubres, perigosas ou penosas não suportará exclusiva e pessoalmente os custos da exposição, mercê do próprio princípio da alteridade, pelo qual os custos da produção devem ser imputados aos empregadores: o adicional de remuneração ser-lhe-á pago, como compensação econômica prévia e obrigatória em razão de sua exposição aos agentes perigosos, insalubres ou penosos no interesse da coletividade (presumindo-se, como dito, tratar-se de atividade econômica que não pode ser simplesmente abolida); e, em havendo o dano (i.e., o acidente de trabalho ou a doença ocupacional), a responsabilidade civil do empregador será integral e objetiva, *ex vi* dos arts. 7º, *caput*, *in fine*, 225, § 3º, e 200, VIII, todos

objetivos do presente artigo, razão pela qual não será contemplada. Vale sinalizar, porém, que (a) em recorte científico coerente com o atual quadro legislativo brasileiro, a penosidade deveria cobrir os contextos mais agudos de exposição a riscos ergonômicos e psicossociais (já que a periculosidade e a insalubridade alcançam, de modo geral, o horizonte dos riscos físicos, químicos e biológicos típicos); e, nessa linha, que (b) as hipóteses de “periculosidade” introduzidas pelas Leis 12.740/2012 e 12.997/2014 (por exposição a “roubos e outras espécies de violência física” e a “atividades [...] em motocicleta”, respectivamente) seriam, a rigor, hipóteses de **penosidade** (por exposição a riscos graves derivados da violência patrimonial e da violência no trânsito, respectivamente).

da CRFB, c.c. art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 (FELICIANO, 2002, p. 182-183). Eis como se devem interpretar, em **concordância prática**⁵ (HESSE, 1970, p. 28-29 e 132 e ss.), os incisos XXII e XXIII do precitado art. 7º, assegurando-se a cada um a preservação da sua *substanzieller Wesenskern* (FELICIANO, 2016, seções 12.2 e 15.2).

No mesmo diapasão, o pagamento dos adicionais em comento serve como estímulo ao empregador para que busque incorporar melhorias técnicas nos modelos de produção, inclusive no campo da saúde e da segurança do trabalhador, já que terá um custo maior enquanto não implementadas condições que eliminem, neutralizem ou reduzam a níveis toleráveis a ação dos agentes agressivos. E, portanto, não se está a dizer ou sugerir que seja uma opção do empregador implementar ou não melhorias que sejam possíveis pelo estado da técnica para o alcance da redução dos riscos inerentes ao trabalho; ao contrário, o que se afirma é que o empregador terá, em reforço ao imperativo constitucional e legal de agregar melhorias às condições ambientais de trabalho, um incentivo econômico que diz respeito ao não pagamento dos adicionais.

De outra parte, avançando nos pressupostos do debate, importante trazer à tona o inteiro teor da Súmula Vinculante 4, aprovada pelo STF em abril de 2008, segundo o qual: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

A decisão em comento foi proferida com o propósito de preservar o poder de compra do salário mínimo, ou seja, impedir que o salário mínimo legal seja utilizado como fator de indexação da economia, o que tendencialmente engendraria um constante e progressivo descompasso entre o seu valor e a evolução dos índices de inflação (i.e., do valor real da moeda com que se estipula o próprio salário mínimo). E, nesse encaixe, merece inclusive todos os encômios. Ocorre, porém, que as consequências jurídicas da SV 4 não foram bem dimensionadas. Vejamos.

Nos termos do art. 7º, IV, CRFB/88, é assegurado a todos os trabalhadores o direito ao salário mínimo legal e que atenda as utilidades essenciais de que este precisa para uma vida digna do núcleo familiar; e, na linha da *ratio* acima exposta, a sua derradeira parte veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Eis a redação do mencionado dispositivo constitucional:

5 No original, “Prinzip praktischer Konkordanz”.

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]

A partir dessa dicção, diversos autores – cite-se, *e.g.*, WAKI (2008, p. 1.060) – tem defendido a inaplicabilidade do salário mínimo para qualquer fim jurídico de cálculo, como forma de impedir que as repercussões deste em outras parcelas sirvam de impasse para seu reajuste regular e periódico, que está na base dos objetivos principais da regra constitucional. E nessa linha caminhou, como visto, o Plenário do Excelso Pretório. Isso terminou por engendrar uma **lacuna legislativa** no direito do trabalho: se o art. 192 previa o cálculo do adicional de insalubridade sobre o “salário mínimo da região”, como visto *supra*, e o salário mínimo já não poderia ser utilizado para esse fim (= *não recepção constitucional* da parte final da norma do art. 192 consolidado), como ele deveria passar a ser calculado?

Na expectativa de responder a essa *vexata quaestio*, a partir da edição da Súmula Vinculante n. 4 do STF, o TST conferiu nova redação à sua Súmula 228, em julho de 2008, e estabeleceu que o cálculo do adicional de insalubridade deveria ser “o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”. Escorava-se na técnica da **analogia**, como método de integração do sistema jurídico trabalhista, na esteira da autorização legislativa dada pelo art. 8º, *caput*, da CLT, e também pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A esse propósito, em artigo a defender a interpretação das normas constitucionais de modo a retirar-lhes a máxima eficácia concretizadora, Teodoro e Domingues (2010) assinalam que a interpretação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam do adicional de remuneração para as atividades insalubres e perigosa defronta-se com a existência de duas decisões conflitantes, entre os tantos precedentes da Súmula 4 do STF. Tais decisões foram prolatadas respectivamente em 1998 e 2007, quais sejam, a decisão proferida nos autos do RE 236.396-5-MG, na qual se determinou que o tribunal de origem estipulasse a base de cálculo do adicional de insalubridade (outra, que não o salário mínimo), e a decisão proferida nos autos do RE 439.035-3-ES, na qual se deliberou por manter a decisão do TRT de origem no sentido de adotar

a remuneração como base de cálculo, com fulcro no art. 7º, XXIII, da CRFB/88. Para os referidos autores, tais decisões colocariam em xeque o requisito de “reiteradas decisões” exigido pelo art. 103-A da CRFB/88, a fim de autorizar a edição de súmula vinculante. É que, nos termos do art. 103-A da CRFB/88,

[o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Como se vê, não há como recusar algum acerto à tese da provável prematuridade da SV 4. Mas não nos fixemos neste aspecto.

Apresentados os principais elementos que compõem o cenário do presente artigo, passemos à compreensão da técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo STF para a exegese do art. 192 da CLT.

2. A TÉCNICA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE UTILIZADA PELO STF E A LÓGICA SUBJACENTE ÀS DECISÕES DO STF

Há anos o STF tem aplicado técnicas originalmente consolidadas no âmbito do *Bundesverfassungsgericht* alemão, responsável pelo controle definitivo de constitucionalidade no modelo judiciário tudesco. Exemplos dessas técnicas é a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade com redução parcial de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Nesse último caso, ao realizar o controle de constitucionalidade, o tribunal reconhece a injuridicidade de determinado texto legal questionado, mas não pronuncia a sua nulidade e tanto menos reduz o seu texto (SILVA, 2010, p. 97)

Nesse diapasão, MENDES (2008, p. 11) assegura que, no direito alemão, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade não advém imediatamente da interpretação de leis constitucionais, mas de casuística própria do direito penal. Inicialmente, a Corte constitucional alemã aceitava a aplicabilidade temporária da norma declarada inconstitucional; no entanto, a partir do julgamento da questão referente à “nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados ‘casamentos mistos’”, o tribunal alemão passou a

equiparar as hipóteses de “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade à declaração de nulidade”: apenas no caso em que a não aplicação provocasse **vazio jurídico inaceitável à ordem constitucional** é que tal princípio se excepcionaria; ou seja, a regra havia de ser a nulidade da declaração. No direito português, em sentido similar, o artigo 282 do texto constitucional permite a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; mas, como no Brasil, “o princípio da nulidade continua a ser regra” (MENDES, 2008, p. 25). E, como obtempera SILVA (2010, p. 88), essa forma de decisão adquiriu universalmente força de “técnica decisória da justiça constitucional”, na medida em que se dirige à análise da constitucionalidade das normas em sua verticalidade.

Os efeitos do instituto em comento baseiam-se no art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/1999, que dispõe expressamente sobre a sua eficácia *erga omnes* e sobre a vinculação dos órgãos do Poder Judiciário e executivo⁶. Escora-se ainda no que prevê o art. 27 da Lei n. 9.868/1999⁷, tendo por pressuposto motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Pois bem.

Sob a alegação de que, com a edição da nova redação da Súmula 228, o TST estaria descumprindo a Súmula Vinculante 4 do STF, a Confederação Nacional da Indústria, em 11/7/2008, protocolou reclamação constitucional autuada sob o n. 6266, com pedido de liminar para cassação do referido verbete sumular. Em caráter liminar, o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, arremou-se no entendimento do Supremo Tribunal por ocasião do RE 565.714/SP, fixado na Súmula Vinculante 4, no sentido da impossibilidade de remanejamento do salário mínimo como indexador ou base de cálculo, inclusive para o adicional de insalubridade, até que fosse editada lei em sentido estrito ou em sentido genérico (estipulação de base de cálculo para o adicional de insalubridade com base em instrumento coletivo da categoria). Decidiu, pois, que, “até que seja superada a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT por meio de lei ou de

6 Diz o art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

7 Art. 27 da Lei n. 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

convenção coletiva”, a parcela deve continuar a ser calculada com base no salário mínimo. Ao final, acolheu o pleito da parte reclamante e declarou que “[...] a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n. 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”.

Também a Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços⁸, a Unimed Ribeirão Preto – Cooperativa de Trabalho Médico⁹ e a Unimed de Araras¹⁰ ajuizaram ação com o mesmo objeto, as quais foram autuadas respectivamente sob os números 6.277, 6.275 e 8.436 e apensadas à reclamação principal, n. 6.266.

Por ocasião do julgamento de mérito da Reclamação 6.266, o relator Ministro Ricardo Lewandowski, seguindo a mesma linha de raciocínio manifesta na decisão liminar acima citada, registrou que a corte já havia se manifestado em diversas ocasiões no sentido de que, não obstante o teor de sua Súmula Vinculante 4, não poderia o Poder Judiciário estabelecer novas base de cálculo para o adicional de insalubridade, concluindo pelo acolhimento da reclamação para cassar a Súmula 228 do TST, exclusivamente no que dizia respeito com a fixação do salário-base do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade devida. Tornava-se definitiva a suspensão do verbete sumular nesta parte.¹¹

Não se pode olvidar, enfim, da decisão proferida no Recurso Extraordinário 565.714/SP (j. 7.11.2008, Tema n. 25), considerado como precedente representativo da Súmula 4 e que teve como relatora a Ministra Carmem Lúcia. Tratava-se de ação em que os policiais militares do Estado de São Paulo postulavam que a Fazenda Pública estadual aplicasse a alíquota do adicional de insalubridade que lhes era devido sobre o valor total de sua remuneração, com fulcro no art. 7º, XXII, da CRFB/88, afastando-se a norma que previa como base de cálculo de tal parcela dois salários mínimos legais.

8 Ação protocolada em 17/7/2008.

9 Ação protocolada em 17/7/2008.

10 Ação protocolada em 15/6/2009.

11 A mesma decisão foi proferida no bojo das Reclamações 6.275, 6.277 e 8.436.

Na decisão subsequente, entendeu-se que, embora inconstitucional o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT), não é possível ao Judiciário modificar essa base de cálculo, de modo que, **até haver alteração da CLT, as empresas deveriam seguir pagando o adicional com o cálculo eivado de inconstitucionalidade** (objetando, pois, a analogia que o TST realizara na Súmula 228).

Como se vê, prevaleceu a lógica subjacente à decisão proferida pelo STF na Reclamação 6.275, no sentido de continuidade do uso do salário mínimo legal como base de cálculo do adicional de insalubridade. É inconstitucional; e, nada obstante, pague-se com o vezo da inconstitucionalidade, a despeito das outras alternativas juridicamente plausíveis.

3. APLICAÇÃO DE SALÁRIO PROFISSIONAL, SALÁRIO NORMATIVO OU PISO SALARIAL COMO BASE DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE?

A solução conferida pelo STF às reclamações *supra* mencionadas – e que resultaram na cassação da Súmula 228 do TST – não refletem, com todas as vênias, a técnica mais adequada para o desate da questão abstrata. Como dito, a edição da Súmula Vinculante 4 introduziu uma lacuna no sistema jurídico-legislativo trabalhista, a qual haveria de ser colmatada pelo Poder Judiciário, com brevidade e coerência, a partir dos recursos geralmente instrumentalizados para esse efeito: a analogia, os costumes – inexistentes nesse caso – e os princípios gerais de direito (como ainda, a teor do art. 8º da CLT, os princípios específicos do direito do trabalho). Isso não significa legislar, em absoluto, porquanto o próprio artigo 8º da CLT¹² e o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³ permitem o uso de tais recursos, e em especial da analogia, nas hipóteses de lacuna normativa, realizando-se a integração jurídica do sistema.

12 Diz o artigo 8º da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

13 Dispõe a citada norma: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Com efeito, seguindo o escólio de DELGADO (2019, p. 277), a integração jurídica¹⁴ consiste em um mecanismo por meio do qual o intérprete do direito pode “preencher as lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis”. Isso porque o sistema normativo é pleno e ao juiz não é dado deixar de dizer o direito sob a alegação de inexistência de norma aplicável ao caso concreto, consoante inclusive o disposto no artigo 140 do CPC¹⁵ (vedação do *non liquet*).

Para a aplicação da analogia, principal modo de autointegração jurídica, é necessário o preenchimento de três condições: 1) que a questão não tenha sido especificamente regulamentada pelo legislador (ou, no caso, que essa regulamentação seja nula, por inconstitucional); 2) que haja no sistema normativo regra jurídica que regule “situação ou relação que apresente ponto de contato, semelhança, coincidência ou identidade”; e 3) que o elemento de contato autorize a realização da analogia (DELGADO, 2019, p. 280).

Como exposto na primeira parte do artigo, por meio da Súmula Vinculante 4, o STF asseverou que o salário mínimo **não poderia servir como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor ou empregado, salvo nos casos previstos na própria CRFB/88, o que não se dá nessa espécie.**

Ora, o ordenamento jurídico-laboral contava – e conta – com o parágrafo 1º do artigo 193 consolidado, transcrito acima, que também objetiva regular hipótese de trabalho perverso, i.e., de condição de trabalho que implica risco à saúde do trabalhador. A “semelhança” exigida no segundo requisito *supra* **é indiscutível. Assim como, a partir da edição da SV 4, a lacuna prescrita no primeiro requisito era igualmente inapelável. Por fim, era inegável o “ponto de contato” entre o adicional de insalubridade e o de periculosidade (em ambos os casos, trabalho em condições fisicamente deletérias), assim como a sua** cambialidade, constituindo-se mesmo no elemento principal a autorizar o uso da analogia.

14 A integração pode se dar por meio da autointegração ou heterointegração. A primeira, quando se recorre às normas do próprio ramo do direito em que se constata a lacuna e a segunda, nas hipóteses de se recorrer às fontes supletivas daquele ramo. Por meio desta, realiza-se a verdadeira aplicação de “fonte supletiva do direito, já que rege situações fáticas concretas somente em circunstâncias de utilização da operação integrativa” (DELGADO, 2019, p. 280).

15 Art. 140, CPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

Dessarte, aplicar a solução prevista para o adicional de periculosidade como alternativa para o equacionamento da lacuna aberta – a base de cálculo do adicional de insalubridade – não apenas implicaria adequada técnica de autointegração do sistema jurídico, suprimindo a lacuna jurídica nela configurada, como também resultaria na melhor configuração hermenêutica à luz do disposto no artigo 7º, *caput*, in fine, e incisos XXII e XXIII, todos da CRFB/88, ao assegurar o direito à melhoria contínua das condições de trabalho e de vida do trabalhador – o que inclui a melhoria de seu patamar salarial – e o pagamento de adicionais sobre a **remuneração** (não sobre o salário mínimo); e, por fim, atenderia melhor ao próprio fim protetivo do direito do trabalho.

Daí porque, a nosso viso, a interpretação sufragada pelo Excelso Pretório para a base de cálculo do adicional de insalubridade esquivou-se dos melhores caminhos da hermenêutica constitucional. Nada obstante, ainda há pontos de abertura que, mesmo na indevida restrição, podem permitir alguma adequação constitucional.

Assim é que, nos casos em que houver **salário profissional** previsto para a categoria, como nas hipóteses dos radiologistas,¹⁶ **médicos**¹⁷ e engenheiros¹⁸ – cujas atividades profissionais geralmente engendram a exposição a agentes perigosos, insalubres ou penosos –, **tal salário deverá ser a base de cálculo da alíquota de insalubridade (10%, 20% ou 40%)**, mesmo à vista da Súmula Vinculante 4 do STF e do que decidido nas Reclamações 6.266, 6.275 e 6.277 e 8.436, mais uma vez por força do princípio constitucional da norma mais favorável – a consumir o vetor da melhoria contínua das condições de trabalho

16 O piso salarial dos radiologistas é fixado pelo art. 16 da Lei n. 7.394/1985. Contudo, por unanimidade, o STF, valendo-se da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem decretação de nulidade da norma, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 151-DF, em acórdão da relatoria do Ministro Roberto Barroso, acolheu parcialmente o pedido da parte requerente e declarou não recepcionado o art. 16 da Lei n. 7.394/1985. Todavia, determinou que continuem sendo aplicados os critérios da referida norma enquanto não aprovada nova base de cálculo por lei ou instrumento normativo da categoria; determinou, mais, que houvesse o congelamento da base de cálculo (dois salários mínimos vigentes à data de 13/5/2011, data do trânsito em julgado da liminar concedida nos autos).

17 O piso salarial dos médicos é fixado no art. 5º da Lei n. 3.999/1961, que estipula remuneração mínima de 3 salários mínimos e o do auxiliar, em 2 salários mínimos. A constitucionalidade do dispositivo legal é questionada no STF por meio da ADPF 325-DF.

18 O trabalho dos engenheiros e dos diplomados em química, arquitetura, agronomia e veterinária é disciplinada pela Lei 4.950-A, de 22 de abril de 1966, cujo art. 5º estabelece o piso mínimo de seis vezes o salário mínimo vigente no país para os graduados em cursos com duração de 4 anos ou mais e de 5 vezes o salário mínimo para os graduados em cursos com duração inferior a 4 anos.

–, mas agora também por força do próprio princípio da legalidade formal: em tais casos, é a lei em sentido formal a estabelecer o *minimumimumorum* para a remuneração desses profissionais. Aplicar os adicionais de insalubridade sobre o salário mínimo nacional, ao arrepio das leis em questão, é negar a tais trabalhadores o direito legal-formal à mínima retribuição salarial, “criando”, por decisão judicial, uma base salarial que a eles absolutamente não se aplica.

Que valha, pois, para esses casos, o mesmo critério avalizado pela Reclamação 6.266. Nada mais, nada menos.

4. DE “PESOS E MEDIDAS” DÍSPARES: À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afinal demonstrado, o teor da Súmula Vinculante 4 e a jurisprudência que a baseou e que dela derivou, notadamente a partir das decisões proferidas no RE 565.714/SP e nas Reclamações 6.266, 6.277, 6.275 e 8.436, cuidaram de manejar, para um resultado socialmente injusto, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cassando os efeitos da bem pronunciada Súmula 228 do TST (que, à vista da referida SV 4, havia estipulado como base de cálculo do adicional o salário contratual básico do trabalhador, por óbvia integração analógica estribada na hipótese do adicional de periculosidade).

Ao assim decidir, o STF ignorou o recurso à analogia, autorizado pelo art. 8º, *caput*, da CLT e pelo art. 4º da LINDB, a despeito de haver indiscutível lacuna legislativa, a partir da edição da SV 4, e de subsistir norma celetista com objetivo semelhante ao do art. 192 no subsequente art. 193 da CLT. E, para mais, com essa jurisprudência – já consolidada, diga-se, no Excelso Pretório e nas cortes trabalhistas –, negou máxima eficácia à norma-princípio da interpretação mais favorável (*in dubio pro operario*), que deriva do *caput* do art. 7º da Constituição, como também subverteu o princípio *pro homine*, curial para a hermenêutica em sede de direitos humanos fundamentais, à luz da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (v., e.g., CIDH, Opinião Consultiva 05/1985). Havia que partir, obviamente, da invencível constatação de que o direito insculpido no art. 7º, XXIII, da CRFB é um direito social fundamental e, portanto, integra o rol dos “direitos humanos”, na acepção do próprio art. 4º, II, da Constituição; logo, caberia optar por uma hermenêutica que ampliasse a fruição do direito, não a que incrementasse as suas restrições; e, mais, diante de um conflito aparente de normas (na espécie, as que poderiam colmatar a lacuna legislativa criada pela

SV 4), haveria que se optar pela que **ampliava** o exercício do direito (GARCÍA, 2002, p. 105). Caminhos-se no sentido diametralmente oposto.

Daí porque, afinal, essa “nova” jurisprudência do Excelso Pretório em sede jurídico-laboral, que ganha corpo especialmente a partir de 2009 – e que tem pendores marcadamente liberais, infensos à intervenção do Estado-juiz e do próprio Estado-legislador nas relações de trabalho –, em larga medida **destoa** das tendências verificadas em outros segmentos dogmáticos igualmente protecionistas, como o direito consumidor (em favor dos destinatários finais de bens e serviços) e o próprio direito falimentar (em favor dos credores da massa falida; vide, a propósito, a ADI 3.934, sobre a Lei 11.101/2005). **Destoa** ainda, em boa medida, da jurisprudência abrigada por aquela corte antes de 2009 (comparem-se, p. ex., as decisões havidas no Mandado de Injunção 712, de 2007, admitindo até mesmo greves de estudantes, e na Reclamação 24.597, de 2016, excluindo do direito de greve – ao arrepio do art. 9º da CRFB – “atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça e a saúde pública”). Esta própria interpretação em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade, ora sob crítica, **destoa** do modelo de solução recentemente perfilhado pelo plenário do STF acerca da atualização dos créditos trabalhistas (ADCs 58 e 59; ADIs 5.867 e 6.021; rel. min. Gilmar Mendes, j. 18/12/2020): nesse caso, o plenário optou por um índice – a Selic – que simplesmente não tinha previsão para as relações de trabalho, em nenhum dos atos normativos em disputa (a TR, no art. 879, § 7º, da CLT, consoante a redação da Lei n. 13.467/2017; ou o IPCA-E, no mesmo art. 879, § 7º, consoante a redação do art. 28 da MP 905/2019, que caducou em 18/8/2020).

Com efeito, a prevalecer a lógica da Reclamação 6.266, p. ex., caberia preservar a atualização dos créditos trabalhistas pela TR – apesar da sua inconstitucionalidade (STF, ADIs 4.357, 4.425, 4.400 e 4.425; TST, ArgInc 479-60.2011.5.04.0231) –, com os juros de mora a 1% a.m., a partir do ajuizamento da ação (CLT, art. 883). Optou-se, no entanto, pela taxa Selic, que já embute juros, incorporando-se *por decisão judicial* um índice jamais cogitado pelo legislador, para esse específico fim, e suprimindo-se a regra de juros tradicionalmente empregada nos processos trabalhistas – também por força de lei (CLT, art. 879, § 7º; Lei n. 8.177/1991, art. 39) –, com resultado desfavorável aos trabalhadores em geral: a partir de agora, os créditos trabalhistas passam a figurar entre os “mais baratos” do mercado, considerando-se a evolução do IPCA-E, da TR e da Selic nos últimos oito anos (desde que se agreguem aos primeiros os juros

de 1% a.m., e não se agreguem ao último). Assim, p. ex., para 2010, a Selic acumulada totaliza 9,37%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12,68% e o IPCA-E com juros (1%) chega a 17,79% (a nosso ver, o resultado socialmente mais adequado, considerando-se as perdas monetárias efetivas do período e o necessário vetor punitivo que deve se estabelecer em um país que ainda alimenta certa cultura de sonegação de direitos sociais fundamentais). Para 2018, a Selic acumulada soma 6,39%, enquanto a TR com juros (1%) chega a 12,0% (apenas de juros, porque a TR “zerou” em 2108) e o IPCA-E com juros (1%) chega a 15,86%. Privilegiou-se, pois, o interesse do devedor trabalhista (e não a dicção da lei – apesar de inconstitucional –, como se fez na Reclamação 6.266 e subsequentes).

Com tais ímpetos – e com a sinalização contraditória que deles deriva –, o STF não contribui para a tão sublimada segurança jurídica. Ao contrário, compromete paulatinamente o dever legal de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926).

Nada obstante, ainda restam ensejos para resgatá-la, ainda que parcialmente. Assim, *e.g.*, mesmo à luz da SV 4 e da jurisprudência construída a partir do RE 565.714/SP e das Reclamações 6.266, 6.277, 6275 e 8.436, será possível afirmar que, havendo salário profissional para a categoria, **fixado por lei** – como nos casos de técnicos em radiologia, médicos e engenheiros –, tal base remuneratória deve ser necessariamente utilizada como base de cálculo do adicional de insalubridade. Afinal, já não são bases de cálculo “criadas” pelo Poder Judiciário, mas **impostas** pelo Poder Legislativo, por intermédio de lei em sentido formal. Resulta **ilegal**, ao revés, calcular o adicional de insalubridade, nesses casos, com base em salário mínimo que, a rigor, não corresponde legalmente ao salário mínimo daquele específico profissional. Igual tese se aplica, ademais, aos casos em que convenções e acordos coletivos de trabalho fixam bases de cálculo diversas do salário mínimo (i.e., mais favoráveis), **especificamente** para o adicional de insalubridade (v., *e.g.*, o que decidido liminarmente no RE 565.714/SP).

O raciocínio jurídico chega a ser, nesses casos, cartesiano. Oxalá não seja igualmente desautorizado pela jurisprudência constitucional cambiante do último decênio, apesar dos precedentes. Inclusive porque, no afã de “modernizar” a compreensão constitucional, não raro o que se tem feito é **resgatar** teses que fariam sentido, talvez, no início do século XIX, quando ainda se alimentava a ingênua convicção da igualdade essencial da pessoa humana no imo da au-

tonomia privada individual. Os dois séculos ulteriores – e, na verdade, todo o século XVIII – revelaram a falácia dessa crença.

Eis, aliás, o que de logo chama Shakespeare à nossa memória:

*No, Time, thou shalt not boast that I do change
Thy pyramids built up with newer might
To me are nothing novel, nothing strange;
They are but dressings of a former sight.
("Não, Tempo, não zombarás de minhas mudanças!
As pirâmides que novamente construístes
Não me parecem novas, nem estranhas;
Apenas as mesmas com novas vestimentas")
(SHAKESPEARE, William. **Sonnets**. Soneto 123)*

...É como é. Que a lição do Bardo jamais se perca.

5. REFERÊNCIAS

DOCTRINA

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: LTr. 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do "due process flaw". São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e prope-
dêuticos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas/SP, TRT
15, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

GARCÍA, Luis M. El derecho internacional de los derechos humanos. *In*: **Los derechos humanos em el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**.
4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na ação direta de inconstitucionalidade e no processo de controle abstrato da omissão**. Caderno Virtual, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233834492.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, Jan/Fev/

Mar, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=223>. Acesso em: 15 dez. 2020.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves; TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Adicionais por exposição a riscos: uma reparação ilusória. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães. URIAS, João. MARANHÃO, Ney. **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. V. III. São Paulo: LTr, 2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Trabalho perverso**: insalubridade, periculosidade e penosidade no direito brasileiro do trabalho. Curitiba: Juruá, 2000. v. I-II.

ROBINSON, Carlos Alberto. A efetividade da Súmula Vinculante n. 04 do STF e suas repercussões na esfera trabalhista. **Revista Âmbito Jurídico**. 1º/9/2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-68/a-efetividade-da-sumula-vinculante-n-04-do-stf-e-suas-repercussoes-na-esfera-trabalhista/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Chaves. **Insalubridade e periculosidade**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Marina Faraco Siqueira e. **A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica decisória autônoma da justiça constitucional brasileira**. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado em Direito. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp153326.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DOMIGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Adicionais de insalubridade e periculosidade: base de cumulatividade e efeitos preventivo e pedagógico. **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI FUMEC**. Belo Horizonte. Florianópolis, CONPEDI, 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XXencontro/Integra.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

WAKI, Kléber de Souza. O adicional de insalubridade e a Súmula vinculante n. 04 do STF. **Revista LTr**. Ano 72, n. 09. Setembro de 2008, p. 1057/1072

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6.275 São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Unimed Ribeiro Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018. **DJE n. 72, 13/4/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6.266 – Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional da Indústria. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 228). Brasília, 11 de abril de 2018. **DJE n. 74, 17/4/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629349>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 6.277 – Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS. Recl do. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de março de 2018. **DJE n. 72, 13/04/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 8.436 – São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Reclte. Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução n. 148/2008). Brasília, 11 de abril de 2018. **DJE n. 73, 16/4/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2684075>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão liminar na Reclamação n. 6.275 São Paulo. Relator: Min. Gilmar Mendes. Reclte. Unimed Ribeiro Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Recldo. Tribunal Superior do Trabalho (Resolução 148/2008). Brasília, 15/07/2008. **DJE n. 72, 13/04/2018**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314119851&ext=.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 565.714-1 -São Paulo. Relatora: Min. Carmem Lúcia. Recorrente: Carlos Eduardo Junqueira e Outros. Recorrido: Estado de São Paulo. Brasília, 30/4/2008. **Dje n. 147, 8/8/2008**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=560067>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 151-DF**. Relatora: Min. Roberto Barroso. Requerente: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços – CNS. Brasília, 07.02.2019. Intdo: Presidente da República. **Dje n. 147, 11/4/2019**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637147>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 228. Resolução n. 128/2008. **DJ 4 e 7/7/2008**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Arguição de Inconstitucionalidade n. 479-60.2011.5.04.02318**. Relator: Min. Claudio Mascarenhas Brandão. Recorrente: Lissandra Angélica Marques. Recorrido: Município de Gravataí. Brasília, 4/8/2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=118578&anoInt=2012&qtdAcesso=18579101>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 4.950-A, de 22 de abril de 1966. Dispõe sobre a remuneração dos profissionais diplomados em Engenharia, Química, Arquitetura, Agronomia e Veterinária**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4950a.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.999, de 15 de dezembro de 1961. Altera o salário-mínimo dos médicos e cirurgiões dentistas**. Brasília. Publicado no DOU 21/12/1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3999.htm. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. **NR 15 – Atividades e operações insalubres. Portaria MTb n. 3.214, de 08 de junho de 1978**. Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-15-atualizada-2019.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

BRASIL. **NR 06 – Equipamentos de Proteção Individual – EPI. Portaria MTb n. 3.214, de 8 de junho de 1978**. Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_normas_regulamentadoras/NR-06.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

CONTRATO INTERMITENTE COMO MODELO DE CONTRATO DE TRABALHO PRECARIZADOR DAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS E A POSIÇÃO DA QUARTA TURMA DO TST

Claudirene Andrade Ribeiro

Doutoranda em direito do trabalho e seguridade social pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito do trabalho e em educação pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pesquisadora do núcleo de pesquisas "O Trabalho além do Direito do Trabalho" (NTADT), integrante da comissão de estudos relativos a questões de raça no direito internacional, no direito brasileiro, na sociedade e na magistratura. Juíza titular da 2ª Vara do Trabalho de Tangará da Serra (TRT 23). Contato eletrônico: claudireneribeiro@trt23.jus.br. Currículo *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5753142052200745>.

INTRODUÇÃO

O artigo discute a dificuldade de enquadramento do contrato de trabalho intermitente¹⁹ na conhecida classificação dos contratos de trabalho como contratos por prazo indeterminado e prazo determinado e a ofensa desse modelo aos princípios da alteridade, da continuidade do contrato de trabalho e da proteção, típicos princípios trabalhistas, além de trazer à tona o entendimento adotado pela quarta turma do TST no julgamento do Recurso de Revista 10454-06.2018.5.03.0097, que, contrariando lições doutrinárias, reformou decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e adotou interpretação ampla à nova figura contratual, no que concerne à possibilidade de aplicação a todas as atividades empresariais.

Para tanto, vale-se de pesquisa do tipo qualitativa, com o uso de procedimentos de investigação do tipo dedutivo, ou seja, parte-se do conhecimento geral para o particular. Os instrumentos de pesquisa foram a pesquisa bibliográfica (fonte secundária) e documental (fonte primária – análise das alterações legislativas introduzidas na CLT, por meio da reforma trabalhista e da primeira decisão proferida em segunda e em instância superior acerca do contrato de trabalho intermitente²⁰).

Inicialmente, resgata-se o atual momento do mundo do trabalho, no qual se insere o discurso político da necessidade de flexibilização e modernização das leis trabalhistas com vistas a assimilar as novas exigências do mercado globalizado.

Em seguida, resgata-se a tradicional classificação dos contratos de trabalho celetistas, em contratos por prazo indeterminado e contrato por prazo determinado e o rompimento dessa lógica classificatória pelo novo dispositivo legal.

Na sequência, apontam-se as bases doutrinárias e legais dos princípios da proteção, da alteridade e da continuidade do contrato de trabalho e a inclusão do novo dispositivo legal no capítulo dos contratos de trabalho e comenta-se a decisão proferida pela quarta turma do TST no julgamento do primeiro caso

19 Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 11.467 de 2017, também conhecida como lei da reforma trabalhista.

20 Escolheu-se para a análise essa decisão por se tratar da primeira proferida por uma turma do TST em relação ao tema. Pesquisa de jurisprudência realizada no sítio eletrônico do TST em 19/12/2022, valendo-se de critério de busca “contrato de trabalho intermitente” aponta essa única decisão acerca do tema.

de trabalho intermitente na instância superior e como a interpretação ampliada do novo modelo contratual desconsidera os princípios da continuidade da prestação laboral, da proteção e da alteridade, ao considerar para a análise da precarização ou não da relação empregatícia apenas a questão da garantia do padrão salarial mínimo hora.

1. A LÓGICA NOS NOVOS MODELOS DE PRODUÇÃO CAPITALISTA E DA REFORMA TRABALHISTA

Os novos modelos de produção capitalista, com a desregulamentação do mercado, o avanço das novas tecnologias da informação e a chamada indústria 4.0, vêm provocando diversas mudanças no mundo do trabalho e abrindo espaço para a flexibilização constante das leis trabalhistas.

No Brasil o discurso de que as leis trabalhistas constituem entrave ao crescimento econômico e ao surgimento de novos postos de trabalho tem sido recorrente desde a década de 1990, quando se observou diversas alterações na legislação trabalhista, como por exemplo, a inserção do art. 62-A na CLT, permitindo a contratação em regime de tempo parcial.

Apesar das diversas alterações legislativas observadas a partir da década de 1990, o discurso continuou sendo de que a legislação é muito protetiva, antiga e inadequada, pois teria sido elaborada na década de 1940 e não teria avançado para albergar outras formas de trabalho, como o teletrabalho, por exemplo.

Neste contexto, partindo-se da premissa inicial de que era preciso modernizar a CLT, o legislador propôs, entre outras inúmeras alterações na legislação trabalhista, a inclusão da modalidade de trabalho denominada intermitente, por meio da alteração do art. 443 da CLT e inclusão do art. 452-A.

No parecer elaborado pela comissão de estudos acerca da reforma proposta, a inclusão desta modalidade de trabalho na CLT, era de:

[...] modernizar as relações do trabalho, sem que haja precarização do emprego. Não mais podemos aceitar que as rígidas regras da CLT impeçam a absorção pelo mercado de trabalho dos milhões de brasileiros que integram as estatísticas oficiais do desemprego, do subemprego e dos que desistiram de procurar por um emprego, após anos de busca infrutífera por uma ocupação no mercado. Mas, nem por isso, estamos propondo a revogação de direitos alcançados pelos trabalhadores após anos de lutas intensas. [...] (BRASIL, 2017, p. 49)

O referido relatório adotou ainda como um dos principais fundamentos para a legalidade do contrato, a Orientação jurisprudencial 358, TST, que admite o pagamento de salário proporcional ao número de horas laboradas, vale dizer, salário mínimo proporcional à jornada, acrescentando-se, à ocasião, que, ademais, “o trabalho prestado nessa modalidade contratual o labor poderia ser descontínuo com vistas a atender a demandas específicas de determinados setores, a exemplo dos setores de bares e restaurantes ou de turismo.” (BRASIL, 2017, p. 50)²¹.

Mas não foi o que se observou, já que o § 3º art. 443, a pretexto de conceituar o que seria o contrato intermitente, terminou por dizer que a referida modalidade contratual seria aplicável a qualquer tipo de atividade, excepcionando apenas os aeronautas, segundo o dispositivo legal, regidos por lei própria.

Dispõe o referido dispositivo legal:

Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

A pouca discussão acerca dos temas da reforma trabalhista, levada a efeito sem a significativa participação da comunidade jurídica, dos representantes de trabalhadores e dos vários partidos políticos que compõem o legislativo fez que

²¹ Considerou-se ainda as projeções feitas pela Frente Parlamentar Mista em Defesa do Comércio, Serviço e empreendedorismo, para a criação de catorze milhões de postos de trabalho formais ao longo de dez anos e, para além da criação desses novos empregos, o benefício social que se obteria, por exemplo, para os estudantes, com a obtenção do primeiro emprego, podendo compatibilizar as jornadas de trabalho e de estudo, diminuindo a evasão escolar. (BRASIL, 2017, p. 50). De acordo com Gomes e Borges (2022), os dados do Caged apontam para um número maior de contratações que de demissões em relação aos contratos de trabalho intermitente, desde a vigência da lei 11.367 de 2017, com destaque para o mês de novembro de cada ano e tendência à elevação, ao passo que a tendência do mercado formal foi de desaceleração após o mês de março de 2020, ou seja, início da pandemia do SARS-COV II. Todavia, as autoras destacam a ausência de continuidade dos dados do Caged, que, no período de novembro de 2017 a janeiro de 2019 divulgou dados como sexo, idade, escolaridade do trabalhador, ranking das maiores ocupações dos trabalhadores intermitentes e deixou de fazê-lo a partir de então, como também deixou de divulgar dados, além do fato de ter sido adotado pelo governo o chamado “Novo Caged”, cuja metodologia de coleta de dados também foi sensivelmente adotada, já que os dados do Caged são oriundos do E-social, do Caged, do RAIS e do empregador Web. Em sentido semelhante, Oliveira e Silva (2022) asseveram que de 2018 a 2020, acorde com os dados da RAIS, o número de contratos intermitentes aumentou 223, 5%, ao passo que os demais contratos diminuíram em 1,1% em 2019.

muitos dos novos dispositivos celetistas, entre os quais aqueles que tratam do contrato de trabalho intermitente, ao invés de propiciar a propalada segurança jurídica, provocassem muitas dúvidas acerca de seu alcance e enquadramento jurídico, a exemplo da conceituação do contrato de trabalho intermitente, como se discute a seguir.

2. A DIFICULDADE DE CONCEITUAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Apesar da publicação de diversos artigos acerca do trabalho intermitente, pouco se tratou da conceituação jurídica do instituto, observando-se no mais das vezes, a interpretação dos efeitos da nova forma de contratação, posto que as novas regras trazem certa complexidade a essa tarefa. (ALVES, 2018, p.18).

A nova figura celetista seria, na realidade, “a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado.” (SILVA, 2017, p. 73).

Dispõe o art. 443, CLT: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.” (BRASIL, 2017).

Delgado e Delgado (2017) propugnam por uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica dos novos diplomas legais que introduziram o tema no direito brasileiro, de modo a propiciar uma interpretação diversa, qual seja, a de que o legislador criou “mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: [...]”, estando assegurado ao trabalhador contratado sob essa modalidade contratual o pagamento do salário de acordo com sua produção no mês, em conformidade com o número de horas laboradas de acordo com a convocação feita pelo empregador, mas com a garantia do salário mínimo legal estipulado por lei, conforme dispõe o art. 7º, VII, CF/88 e art. 78, *caput* e parágrafo único da CLT (DELGADO e DELGADO, 2017, p. 155)²².

22 Os referidos autores também enfatizam que a leitura dos novos dispositivos de forma literal visa quebrar a noção de duração do trabalho ao deixar o empregado à disposição do empregador, sem fazer *jus* a qualquer contraprestação por essa disponibilidade e a noção de salário, em razão de parecer criar a figura de **contrato de trabalho sem salário**, porquanto o empregado não tem a garantia de um salário mínimo mensal, como se dá nos contratos por unidade de obra ou salário-tarefa. (DELGADO e DELGADO, 2017, p. 155).

A nova redação do art. 443, *caput* da CLT aponta para a criação de um terceiro gênero de contrato de trabalho, ou seja, que não é um contrato com prazo determinado e tampouco por prazo indeterminado, mas um contrato que guarda especificidades típicas de cada um dos dois tipos contratuais celetistas.

Contudo, se considerarmos que a CLT, por meio do art. 58-A, inserido pela MP 2164-41 de 2001, já permitia a contratação de empregado em regime de trabalho parcial e ainda que já havia a permissão para a contratação para as atividades temporárias ou atividades de safra, por meio de contratos por prazo determinado, conforme art. 443, § 1º, CLT, poderia se concluir que o novo modelo contratual deveria ser um contrato para atender apenas a setores específicos, como aqueles citados no próprio relatório da comissão, quais sejam, setores ligados ao turismo, por exemplo, porquanto as demais hipóteses já se encontravam atendidas pela legislação, com a possibilidade de trabalho em regime de tempo parcial.

Assim, razão assiste a Alves (2018), ao apontar a dificuldade de conceituação do contrato de trabalho intermitente, na medida em que a nova espécie de contrato celetista, embora trate, em tese, de um contrato de trabalho sem prazo predeterminado para extinção, na prática, observa-se que a existência de um contrato que abriga um feixe de contratos de trabalho predeterminados, porquanto, ao término de cada prestação laboral, não existe a certeza de que haverá nova convocação pelo empregador.

Portanto, ao contrário do contrato de trabalho por prazo indeterminado padrão, em que o empregador diariamente dá um até logo breve ao empregado, no contrato de trabalho intermitente, este até logo é mais longo ou mesmo vago ao empregado, pois ainda que não seja uma despedida que encerra o vínculo, não se tem a certeza da existência de nova oportunidade de prestação laboral no dia ou período subsequente, ainda que tal possibilidade fique aberta, pois caberá ao empregador, a depender da necessidade do serviço ou mesmo de sua vontade, decidir se chamará ou não aquele empregado para nova prestação laboral, ao fim da qual, novamente o empregado receberá seus direitos e novo até breve, sempre sem a certeza de que este até breve, é ou não, um até daqui a pouco ou até nunca mais.

Ocorre que o direito do trabalho, historicamente, adotou vários princípios, os quais, ainda que não sejam absolutos, visam, ao fim e ao cabo, conferir igualdade substancial ao empregado, considerado a parte mais vulnerável na relação de emprego.

Entre os princípios que visam proteger o trabalhador, encontram-se os princípios da proteção e da continuidade da relação laboral, além do princípio da alteridade, inserto na caracterização da figura do empregador, sobre os quais se debruça no tópico subsequente.

3. OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO, DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO LABORAL E DA ALTERIDADE

O princípio da proteção ao trabalhador²³ desempenha papel crucial no direito do trabalho, tendo em vista o alcance da igualdade entre as partes, pois cuida-se de resguardar sobretudo o trabalhador, na perspectiva de alcançar a igualdade real entre as partes. (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, 27). Também nesse sentido, Delgado (2019) afirma que, por meio desse princípio, o direito do trabalho tem como missão e razão de existir, a criação de uma gama de proteção ao empregado, como forma de diminuir o desequilíbrio que pende a seu lado do ponto de vista prático do contrato de trabalho. (DELGADO, 2019).

Já o princípio da continuidade da relação de emprego exige que se leve em conta que o caráter de “trato sucessivo” do contrato de trabalho, ou seja, que “A relação empregatícia não é efêmera, mas pressupõe uma vinculação que se prolonga.” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 134).

O princípio tem um alcance maior que a ideia de estabilidade no emprego e abrange:

- 1) preferência pelos contratos de duração indefinida; 2) amplitude para a admissão das transformações do contrato; 3) facilidade para manter o contrato, apesar dos descumprimentos ou nulidades em que se haja incorrido; 4) resistência em admitir a rescisão unilateral do contrato, por vontade patronal; 5) interpretação das interrupções dos contratos como simples suspensões; e 6) manutenção do contrato nos casos de substituição do empregador.” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 139).²⁴

23 O princípio se manifesta sob 3 modos distintos: a) pela regra do *in dubio, pro operário*; b) a regra da norma mais favorável e c) a regra da condição mais benéfica, possibilitando assim, respectivamente, ao intérprete que, na existência de mais de um sentido e mais de uma regra possível, optasse pelo sentido e pela regra mais favorável ao trabalhador e, por fim, por meio do último critério, que “a aplicação de nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador.” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 42).

24 O autor alerta para a imprecisão do termo e o perigo que isto pode representar, por permitir, por exemplo, que se entenda como Pérez Leñero, que incidiria sobre “a estabilidade no emprego, na categoria e no lugar do trabalho.” Assinala que a ideia de estabilidade na categoria e no lugar de trabalho estaria mais ligada ao princípio da condição mais benéfica e não no princípio da continui-

Sintetiza o autor que o alcance do princípio permite concluir que esse estaria acima dos atos ardilosos ou às modificações que pudessem ocorrer no contrato de trabalho e que não significavam “regras absolutas, precisas e rígidas”, de modo que permitiriam “exceções, limitações, restrições.” Todavia, traduziriam uma “orientação predominante.” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 139).

Barros (2006), afirma que o princípio da continuidade ainda motivaria a legislação nacional²⁵, apesar de vir sofrendo “os efeitos da flexibilização, com a ampliação das formas de contratação por prazo determinado”. A autora também ressalta o trato sucessivo do contrato de emprego como elemento importante na compreensão do princípio e o intuito de conferir “segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial.” (BARROS, 2006, p. 174). Em sentido semelhante, Delgado (2019) assevera que o referido princípio ainda vigora no direito do trabalho e pressupõe a continuidade do vínculo de emprego, integrando o trabalhador na vida da empresa, permitindo que o direito do trabalho cumpra com seu objetivo de garantir melhores condições ao trabalhador. (DELGADO, 2019, p. 246).

A continuidade da relação de emprego repercute de três modos a favor do empregado: a) permite o aumento das conquistas trabalhistas adquiridas pela negociação coletiva ou mesmo pelos ganhos em razão do tempo de serviço na empresa; b) pressupõe um maior investimento em educação e formação profissional por parte do empregador naquele empregado; c) , no fato de que “aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade.” (DELGADO, 2019, p. 245).

Já o princípio da alteridade pressupõe que o risco da atividade econômica seja do empregador, conforme disposto no artigo 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da**

dade da relação empregatícia e propõe aceção mais ampla para o princípio que teria um alcance muito maior, qual seja: (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 138).

25 A regra é que o contrato de emprego seja estipulado com prazo indeterminado e, excepcionalmente a termo, razão pela qual, na ausência de prova de que a pactuação se dera a termo, presume-se a indeterminação do contrato de trabalho. Considerando a necessidade humana de segurança e estabilidade econômica, almejada pelo homem médio, presume-se o desinteresse do trabalhador pelo fim do vínculo, impondo, como consequência disto e do fato de ser um contrato de trato sucessivo, o ônus da prova da causa e **data do fim do contrato** para o empregador. (CASSAR, 2019, p. 195)

atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” [grifo nosso]

Ora, sendo o risco do empreendimento do empregador, cabe a ele contratar o empregado, fornecer-lhe trabalho e assalariá-lo mês a mês²⁶. Contudo, ao prever que o empregado somente receberá se fora chamado pelo empregador e lhe prestar serviço, sem a garantia de um mínimo legal, a lógica é rompida, pois o risco do empreendimento passa a ser dividido com o empregado.

Ainda que se considere que empregado poderá recusar a oferta de trabalho sem que se descaracterize o contrato de emprego, conforme previsto na legislação, o fato é que o empregador chamará um outro empregado e, sobretudo se observar os índices elevados de desemprego, dificilmente o empregado terá condições de recusar a oferta de trabalho.

Como visto, embora em tese se trate de um contrato sem predeterminação do prazo, o novo dispositivo celetista rompe a lógica da continuidade do contrato de emprego, ao menos sob a ótica da ausência de salário de forma contínua, posto que o empregado poderá ou não ser chamado a trabalhar pelo empregador e não tem a certeza de quando se dará a nova chamada e, não sendo o tempo de espera remunerado, não há certeza de recebimento de salário mês a mês, o que tem levado a doutrina a apontar para a precarização da relação empregatícia por meio desta figura contratual.

No âmbito do poder judiciário, recentemente a discussão chegou à quarta Turma do TST, por meio do RR 10454-06.2018.5.03.0097, cuja relatoria coube ao Ministro Ives Gandra Martins Filho, que, adotou muito do discurso utilizado pelos legisladores para a aprovação da reforma trabalhista e para a inserção da modalidade de trabalho intermitente na CLT e reformou a decisão proferida pela primeira Turma do TRT 3ª Região, que havia entendido pela inaplicabilidade do contrato intermitente no caso em julgamento e enfatizado que a nova modalidade contratual, por precarizar direitos trabalhistas, deveria ser aplicada de forma excepcional e não em atividades regulares da empresa.

As decisões proferidas em segunda e terceira instância são tratadas com maior vagar no próximo tópico.

26 Franco Filho (2018) destaca a importância da regularidade de uma remuneração ao trabalhador como forma de lhe servir de estímulo e garantir tranquilidade e saúde emocional. (FRANCO FILHO, 2018, p. 78/79)

4. ANÁLISE DA PRIMEIRA DECISÃO PROFERIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA E NO ÂMBITO DA 4ª TURMA DO TST SOBRE O ALCANCE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Ao julgar o recurso ordinário interposto nos autos do processo 10454-06.2018.5.03.0097²⁷, a primeira turma do TRT 3ª Região²⁸ entendeu que o contrato em regime intermitente apenas seria “uma contratação excepcional, em atividade descontínua.” (MINAS GERAIS, 2018, p. 4).

Ressaltou ainda o acórdão em comento, que as atividades para as quais o autor fora contratado “eram típicas, permanentes e contínuas na empresa” e que o contrato de trabalho intermitente, embora permitido pelo ordenamento jurídico, não se prestaria a atender esse tipo de demanda ou mesmo servir “para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”, mas apenas para determinadas atividades. (MINAS GERAIS, 2018, p. 4).

A decisão em comento foi reformada pela quarta turma do TST, que a entendeu “refratária à reforma trabalhista” e destacou que a lei permitiu a contratação em regime intermitente em qualquer tipo de atividade. (BRASIL, 2019, p. 2).

Extrai-se do acórdão supra referido:

[...] 5. Pelo prisma da doutrina pátria, excessos exegéticos assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê. Numa hermenêutica estrita, levando em conta a literalidade dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, [...] **Ou seja, não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais.** [...] 7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, **refratário, como se percebe, à reforma trabalhista**, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica. 8. Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50%

27 Trata-se de processo de rito sumaríssimo, no qual se tratou do caso de um empregado que laborou de 21/11/2017 a 26/02/2018 numa loja de departamento pertencente a uma grande rede de lojas, na função de assistente de lojas, na qual tinha por atribuições: “receptionar o cliente da loja, conferir produtos e fazer pacotes, efetuar procedimentos de entrega de produtos adquiridos pelo site, contar, conferir e zelar pelo estoque de produtos da loja.” (MINAS GERAIS, 2018, p. 3).

28 Decisão relatado pelo desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior.

da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho. (BRASIL, 2019, p. 2 e 3) [grifo nosso]

Como se vê, a decisão da 4ª Turma do TST, restabeleceu a sentença de origem e deu interpretação ampla quanto ao cabimento do contrato de trabalho intermitente. Ademais, ressaltou muitas questões político-sociais já apontadas no parecer favorável para a aprovação dos dispositivos legais que tratam do trabalho intermitente, sobretudo no que concerne à elevada taxa de trabalhadores informais no país, além de fazer juízo de valor acerca da posição principiológica adotada em segunda instância.²⁹

Ousa-se discordar do entendimento adotado pela quarta turma do TST, pois se a intenção do legislador foi inserir novo tipo de contrato de trabalho na CLT, tanto que se utilizou da expressão “ou sob a modalidade de contrato intermitente” e que o labor em regime de tempo parcial já era permitido pela CLT, há que se entender que o novo contrato de trabalho, de fato, seria para situações específicas, excepcionais, ou seja, aquelas que antes eram realizadas por trabalhadores autônomos, pois acaso se entenda que não há limitação a esse tipo de contrato, que seria plenamente possível para todas as atividades empresariais, em que consistiria sua diferença dos contratos já previstos na CLT?

Poderia se dizer que sua diferença continuaria sendo porque o empregado poderia recusar o trabalho quando convocado, sem que isso caracterizasse descumprimento contratual ou ausência de subordinação.

Contudo, partindo-se do pressuposto do elevado índice de desemprego³⁰ e de desalentados no país³¹, a justificar, inclusive, a abertura legislativa para novos

29 Entendeu-se também que a lei flexibilizou a forma de contratação e remuneração, com vistas ao combate do desemprego no país, o que ampliaria a segurança jurídica a trabalhadores e empregadores.

30 No terceiro trimestre de 2022, acorde com dados divulgados pelo IBGE a partir da pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), o número de desocupados no país era de 9,5 milhões, que representa 8,7% das pessoas que, embora tenham idade para trabalhar e queiram trabalhar não o conseguem. (IBGE, 2022).

31 O conceito de desalentados traduz a ideia de que a pessoa estaria disposta e poderia trabalhar, mas não estão em busca de fazê-lo porque pensam que não encontrarão trabalho. O número de desalentados correspondeu a 4,3 milhões de pessoas no terceiro trimestre de 2022 (IBGE, 2022).

tipos de contratação, por certo, também as condições fáticas do empregado não lhe permitirá, na prática, a recusa pelo trabalho oferecido.

No contrato por prazo indeterminado padrão, o empregado, em princípio, tem a certeza de que deverá continuar a laborar independentemente de novo chamado por parte do empregador, o que lhe dá a segurança necessária de que contará com um salário ao final do mês para pagar suas contas, tendo ainda a certeza de que, mesmo nos casos de contrato com remuneração à base de produção, terá um valor mínimo salarial garantido legalmente.

Entretanto, no novo modelo contratual, o trabalhador não tem com essa certeza e tampouco pode contar com a garantia do pagamento do aviso prévio equivalente, no mínimo, à sua remuneração mensal, já que no novo contrato de trabalho o pagamento do aviso prévio seria devido pela metade, assim como a indenização compensatória do FGTS, conforme previsto pela MP 808, de 14 de novembro de 2017³², cuja vigência foi encerrada em 23/4/2018.

Não bastasse, de acordo com o que fora estipulado pela MP 808 de 2017, o empregado dispensado sem justa causa também não pode contar com o seguro-desemprego ao ser desligado pelo empregador.

Ainda que possa considerar que, com o fim do prazo de vigência da MP 808 de 2017, em não havendo regra restritiva para o acesso do trabalhador em regime intermitente, este fará jus ao benefício do seguro-desemprego, ao saque total do FGTS e ao pagamento integral do aviso prévio e das demais verbas rescisórias que os demais empregados celetistas contratados sem prazo predeterminado, exceto aquelas já recebidas no curso do contrato de trabalho, como as férias e décimo terceiro salário, tal contrato ainda continua sendo precarizante, por ofensa aos princípios da continuidade da relação empregatícia.

Nem se argumente que o trabalho não é por prazo pré-determinado, mas indeterminado, porquanto o contrato de trabalho por prazo indeterminado pressupõe a continuidade da relação laboral e, o que não ocorre no contrato intermitente, mesmo porque, acaso caracterizada a continuidade, tem-se a descaracterização deste, porquanto é da sua lógica a descontinuidade, já que a continuidade se opõe à intermitência.

32 A própria necessidade de edição de uma MP para alterar a CLT atesta a ausência de maturação do projeto de lei da reforma trabalhista, na medida em que editada em 14 de novembro de 2017, ou seja, três dias após a entrada em vigor das próprias normas que alterava.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da premissa inicial de modernizar a legislação trabalhista e trazer para a legalidade um número maior de trabalhadores que estavam na informalidade em setores da economia que exigiam mão de obra de forma descontínua, o legislador brasileiro terminou por inserir o contrato de trabalho intermitente, aparentemente como uma terceira modalidade de contrato de trabalho, que não seria um contrato por prazo indeterminado típico e tampouco um contrato por prazo determinado, mas um contrato que alternaria a prestação laboral com períodos de inatividade, de modo que, embora o empregado continue vinculado ao empregador, não tem garantia de que será novamente chamado a prestar serviço e tampouco de receber qualquer salário, já que o período de inatividade não é considerado como tempo à disposição do empregador.

Outrossim, na prática, o contrato intermitente pode albergar vários feixes de contratos por prazo determinado ou mesmo um único contrato por prazo determinado, porém, deixando em aberto ao empregador, a possibilidade de se valer de novo contrato por prazo determinado em período diverso daquele antes permitido pela legislação trabalhista, que considerava por prazo indeterminado o contrato por prazo determinado que sucedesse outro contrato determinado no prazo de seis meses.

A justificativa do legislador era a ampliação do mercado de trabalho por meio da criação de possibilidade de atendimento a setores específicos da economia que demandam quantidade maior de mão de obra em determinadas épocas. No entanto, o que se observou foi a ampliação da nova modalidade de contrato de trabalho para todas as atividades, tornando a exceção em regra, rompendo a lógica protecionista do direito do trabalho e os princípios da alteridade e da continuidade do contrato de trabalho, contribuindo para a precarização das relações empregatícias.

Embora a norma garanta o patamar salarial mínimo em razão do valor hora laborado, tendo em vista que, na prática, alberga um ou vários contratos a prazo, a prestação de trabalho nesta modalidade retira do trabalhador a segurança da continuidade da prestação laboral, porquanto, em princípio, não sabe quando terá sua mão de obra requerida e, portanto, seu salário assegurado, ferindo os princípios da proteção e da continuidade da relação laboral, tão caros ao direito do trabalho.

Ademais, ao permitir que o empregador apenas chame o empregado para laborar quando houver necessidade de sua mão de obra, sem ter de assegurar um valor mínimo pelo período em que este se encontra a sua disposição, observa-se clara ofensa ao princípio da alteridade, porquanto o empregado passa a assumir boa parte dos riscos da atividade econômica.

Desse modo, conclui-se pelo equívoco da interpretação conferida pela quarta Turma do TST ao adotar o entendimento de que a nova modalidade de trabalho pode ter ampla aplicação em qualquer atividade empresarial sem que haja precarização das relações de trabalho, na medida em que essa compreensão, desconsidera os princípios da proteção, da continuidade da relação empregatícia e da alteridade, basilares do direito do trabalho e, portanto, da própria essência do direito do trabalho.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri César. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Síntese, trabalhista e previdenciária**, ano XXIX, n. 346, p. 9-39, abr. 2018.

ARARARIPE, Liliana R. Bastos de Alencar. Trabalho autônomo e intermitente: as novas figuras laborais trazidas com a reforma e os desafios que a mudança acarreta. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 21, n. 2, 2017, p. 79-88.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia. O contrato de trabalho intermitente: um novo contrato? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 84, n. 1, jan. a mar. de 2018, p. 349-376.

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

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Acórdão proferido nos autos TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097, Relator: ministro Ives Gandra Martins Filho. Órgão julgador: 4ª Turma TST, **DEJT 9/8/2019**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-antiga>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1964**. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1964, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que "altera o**

Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”. Relator: Rogério Marinho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Medida provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 13 set. 2019.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho:** de acordo com a reforma trabalhista. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

CID, Clarissa Felipe. Contrato de trabalho intermitente e a precarização do direito do trabalho. **Revista Fórum Justiça do Trabalho.** Belo Horizonte, ano 34, n. 398, fevereiro de 2017, p. 53-56.

COLUMBU, Francesca. O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira. **Revista dos Tribunais**, v. 984/2017, p. 277-301, out. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FERREIRA, Vinícius Sousa. **As possibilidades de trabalho intermitente após a reforma trabalhista.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/vinicius-ferreira-trabalho-intermitente-reforma-trabalhista>. Acesso em: 13 set. 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Trabalho intermitente. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 44, v. 188, p. 77-87, abr. 2018.

BORGES, C.; MOREIRA GOMES, A. V. Disseminação da precariedade laboral: uma interpretação de dados do Caged sobre o trabalho intermitente nos períodos anterior e posterior à pandemia de covid-19. **Revista de Estudos Empíricos dm Direito**, v. 9, p. 1-33, 2022. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/632>. Acesso em: 19 dez. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 19 dez. 2022.

INTERMITENTE. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/intermitente>. Acesso em: 14 set. 2019.

JOÃO, Paulo Sérgio. Subordinação e trabalho intermitente: quebra de paradigma. **Revista Síntese. Trabalhista e Previdenciária**, ano XXIX, n. 346, p. 41-43, abr. 2018.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. ROPS 0010454-06.2018.5.03.0097, Relator: desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior. Órgão julgador: 1ª Turma. **DJE 5/11/2018.**

MONTEIRO, Washington de Barros. **Da interpretação das leis**. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66399/69009>. Acesso em: 13 set. 2019.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 51, p. 127-148, 2017.

OLIVEIRA, Alanna Santos de. SILVA, Sandro Pereira. Trabalho intermitente no Brasil: Evolução, cenários e perfil dos trabalhadores contratados pós reforma trabalhista de 2017. *In: 50º Encontro Nacional de Economia. Área 13 – Economia do Trabalho*. Fortaleza, 6 a 9/12/2022. Disponível em: <https://en.anpec.org.br/index.php#about>. Acesso em: 19 dez. 2022.

PLA RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: Ltr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AS IMBRICAÇÕES DAS NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO NA CONTEMPORANEIDADE: SEUS ASPECTOS VISÍVEIS E INVISÍVEIS DE INGERÊNCIA, MANIPULAÇÃO E CONTROLE DO COMPORTAMENTO

Wanessa Mendes de Araújo

Mestra e doutoranda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em direito e processo tributário pela Universidade de Fortaleza. Graduada em direito pela Universidade Federal do Pará. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *E-mail:* wanessa.araujo@trt10.jus.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610639139114067>

INTRODUÇÃO

Na atualidade, o avanço das tecnologias de comunicação e informação (TIC) possibilitou o advento do trabalho em massa, conectado por meio de redes de internet, capaz de manter à disposição quase permanentemente um grande grupo de trabalhadores, ao longo de 24 horas, 7 dias na semana, em qualquer lugar do mundo, por curto período, sem que a empresa seja compelida a ministrar instruções diretas, pessoais e específicas sobre horários e a forma como a prestação de serviços deve ser exercida ou outros aspectos inatos à prestação laboral.

Esse fenômeno não é acidental e tem nome: chama-se “capitalismo de vigilância” que, segundo Shoshaba Zuboff, retrata como uma ordem econômica com base na qual são captados os dados por meio de nova forma de interação humana mediada a partir de plataformas digitais, de forma oculta, massiva e gratuita, com vistas a monetizá-las, mediante predição e manipulação de comportamento (ZUBOFF, 2020, p. 9).

A partir dessa nova forma de captação, mineração e análise de dados, que se imbrica em todos os campos da vida e o trabalho não poderia ficar de fora, exsurge, nos últimos anos, novo padrão de ingerência e modulação do comportamento dos trabalhadores, que introduz sutis e sofisticadas técnicas de gerenciamento da força de trabalho, por meio de programação algorítmica e avaliação reputacional com base nas redes, os quais passam a ser responsáveis pela conformação da prestação de serviço praticada no âmbito das plataformas digitais, formatando o suposto livre-arbítrio do trabalho, ainda que o trabalhador não perceba que é indiretamente impelido pelos resultados e pelas avaliações reputacionais a conformar-se a parâmetros que não foram por si declinados.

No presente artigo se discorre sobre esse trabalho precário, fragmentado e plataformizado, sob suas duas facetas, a visível, cuja percepção é mais evidente, pois seu objeto (o trabalho) é assim compreendido pelos regulamentos das plataformas digitais e também pelo próprio trabalhador, afinal, não há dúvidas de que é considerado trabalho a corrida realizada pelos motoristas das plataformas de transporte individual de passageiro ou de entrega de refeições, assim como as microtarefas de tradução, verificação de imagens, monitoramento de conteúdo, bem como se analisa a vertente invisibilizada, decorrente da extração de dados, gratuita, decorrente da participação humana em plataformas digitais que movimenta uma novel faceta e oculta do capitalismo de vigilância e em que

todos nós estamos enredados e contribuimos diretamente para o sucesso e precisão dos achados que sequer temos conhecimento de que dele necessitamos.

A metodologia adotada na elaboração do artigo será a jurídico-exploratória, a partir da análise bibliográfica nacional e estrangeira. Além disso, o artigo encontra-se em três partes. Na primeira, discorrer-se-á sobre como as novas tecnologias digitais exploram o trabalho visível na contemporaneidade, criando mecanismos de ingerência para modular a prestação de serviço humano por meio de plataformas digitais, com manifesto subterfúgio para escapar ao Direito do Trabalho, por meio de conformações voláteis que se ajustam a cada decisão judicial desfavorável. Na segunda parte, discorrer-se-á como se reconhece e é explorado o trabalho não visível de dados, hipótese essa pouco analisada academicamente, no entanto, hoje também é responsável pela predição e modulação. Na parte final, conclui-se que ambas as modalidades exigem reconhecimento sob o viés regulatório, com vistas a tutelar o trabalhador, em favor da concretização dos primados constitucionais basilares de valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

1. DO TRABALHO VISÍVEL E AS ESTRATÉGIAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS PARA CONTROLAR E MODULAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS: DO CONTROLE POR PROGRAMAÇÃO; DO CONTROLE POR AVALIAÇÃO E REPUTAÇÃO E DOS INCENTIVOS PSICOLÓGICOS

As novas formas de trabalho que se apresentam, como o transporte individual de passageiro e de refeições, de realização de microtarefas, no plano virtual ou físico, todas derivam de um modelo de onde iniciamos essa análise: a mineração de dados fornecidos pelo consumidor e pelo trabalhador, de forma voluntária, ou nem tanto, ante o seu desconhecimento sobre as implicações jurídicas técnicas do aceite de participar da vida digital (DEBRANDER, 2020).

Trata-se, pois, de questão inevitável para a participação na vida social nesse modelo de sociedade, pois, caso, ousemos não nos conectar, ou seja não aceitar os termos de uso impostos pelos gestores das novas tecnologias digitais (cuja aceitação, frise-se, é indecifrável até para cifrados), os benefícios conferidos são tão restritos que beiram a não participação, comportamento impensável na era da exposição, que incute em nós o desejo de ver e ser visto, como parte dessa nova forma de sociabilidade (HARCOURT, 2015).

E no trabalho a captura da subjetividade do trabalhador para expor-se, fornecer dados e aproveitar-se deles para performar se revela mais impositiva e evidente, convergindo para que a subordinação jurídica inerente à forma de trabalho sob o viés empregatício seja disfarçada a ponto de nem mesmo os sujeitos se reconheçam como trabalhadores e dispensem a tutela jurídica própria ao Direito do Trabalho.

No entanto, as marcas que caracterizam a subordinação jurídica ali estão bem presentes. A precificação, a distribuição das tarefas, o disciplinamento da força de trabalho características inatas à gestão patronal, até então baseada em um padrão em que há marcada “heterodireção patronal, constante e efetiva” (PORTO, 2009) no local de trabalho dá lugar a outras formas de controle, agora entabuladas sob a forma de comando automatizado e despersonalizados, que são recebidos por meio das plataformas digitais sob a forma de sugestão, dicas, mensagem, todas essas formas de comunicação que disfarçam a voz impositiva do empregador, para introduzir novo patamar de sujeição.

Na era cibernética, a ciência assume papel relevante para reorganizar o paradigma antigo e atualizá-lo para a esse novo patamar de organização e disciplinamento da prestação de serviços, pois é agora incumbida de adotar meios para se afastar do arquétipo de sujeição jurídica que caracterizava a relação empregatícia de feição celetista, em favor de novo padrão, em que as relações jurídicas advindas não guardem nenhuma subsunção com elementos fáticos – jurídicos inerentes à classificação da relação de emprego, por isso, enreda-se mais uma às tantas fugas que assolam a tutela jurídica do trabalhador no e do direito do trabalho, dito ultrapassado em suas normas para alcançar essas relações novas e modernas.

De fato, múltiplas são as possibilidades de trabalhar experimentadas no âmbito da prestação de serviço em plataformas digitais, decorrente da variedade factual quase ilimitada que embasa o seu surgimento, é o que se vê quando se analisa algumas delas, como a plataforma de transporte particular de passageiro; de entrega de refeições; de fornecimento de serviços de faxina; de contratação de *freelancer* e tantas outras, daí não ser possível defini-las como um fenômeno único, o que dificulta, portanto, a formulação de uma resposta regulatória, uma vez que a análise demanda avaliação casuística, ainda que, muitos dos elementos de ingerência e modulação de comportamento sejam comuns.

Nesse particular, se, no passado, ao tempo do modelo de produção fordista / taylorista, a organização empresarial fora estudada cientificamente para es-

timular a produção, por meio da ordenação de comportamentos previamente divididos e cronometrados, de modo que todos os gestos e atos dos trabalhadores claramente refletissem o feixe de subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho a que era vinculado, agora a ciência comportamental ingressa no âmbito empresarial, com um propósito mais sofisticado, não mais com o intuito de traçar ordens meticulosas de como deveria o empregado atuar em favor do propósito da melhoria da produção da empresa, mas, sim, a partir da incursão em nossos dispositivos eletrônicos (*app* e plataformas digitais) para captar nossos gostos, nossos hábitos e não apenas reforçá-los, mas modulá-los para que atinjamos padrões de ação, de consumo e performance que nos mantenha sempre nos holofotes à vista de terceiros, conhecidos ou não.

Com isso, pretende-se disfarçar o caráter de ordem, de disciplina e subordinação, por meio da assunção de um papel de indução e de manipulação do comportamento, dos quais sentimos prazer em exercer e participar, valendo-se, inclusive, de uma outra linguagem, em que a ordem dá lugar para as “dicas” e “sugestões”, o que faz que, sob um olhar menos atento, o intérprete não capte a subordinação jurídica sob a qual o enredo do trabalho em plataformas digitais também é embasado.

Essa inovadora forma de gestão empresarial amolda-se ao padrão de apropriação da força de trabalho introduzido pelas plataformas digitais, cujos trabalhadores se dizem profissionais independentes e por isso, seriam insuscetíveis de receber ordens, sob pena de configuração de vínculo empregatício. E ainda, nessa perspectiva de trabalho, há os que sequer compreendem que a força motriz das plataformas é a produção ininterrupta de conteúdo postado ou não, a exemplo da geolocalização que nos acompanha ante a habilitação em inúmeros dispositivos móveis, e é a produção de conteúdo que nos mantém fiéis a certos aplicativos, instigando-nos a participar ou mesmo praticar o *vouyerismo*, outra faceta importante que nutre a vigilância.

A bem da verdade, esse novo padrão, contudo, não significa que as plataformas não controlem os trabalhadores, apenas simboliza que a sujeição é feita por outros meios, mais sutis, que tornam desnecessária a institucionalização de vastas estruturas organizacionais de controle, pois é possível manter o mesmo padrão de qualidade, adotando-se como mecanismo de controle a programação algorítmica, a avaliação pela massa crítica de consumidores, bem como pela introdução de incentivos psicológicos, que influenciam aspectos essenciais da

prestação de serviços, no que se refere a “onde”, “quando” e “por quanto tempo” os prestadores de serviços trabalharão.

Valendo-se de estratégias do campo da ciência comportamental, as empresas tecnológicas investem até mesmo em “truques psicológicos” para induzir e constranger a atuação dos trabalhadores, sem que se precise exarar uma ordem sequer. Entre os artifícios utilizados, destaca-se o chamado “direcionamento de renda”, que, de acordo com os estudos desse campo da ciência, quando se é definido um objetivo concreto, maior é o incentivo para alcançá-lo.

Por meio do uso desse recurso, o trabalhador é instado a informar as suas metas financeiras diárias, semanais e mensais, as quais acabam por servir de base para a plataforma instigar a atuação do trabalhador no sentido de atingi-las. Por meio de mensagens, *e-mails* e notificações, os prestadores de serviços são constantemente alertados sobre a meta traçada e o quanto falta para atingi-las, o que atua como incentivo para o trabalhador produzir mais, em busca do pleno atendimento do objetivo a que ele próprio (e não a plataforma digital) se propôs.

Essa técnica, como destaca Noam Scheiber, tem se revelado muito mais eficaz, pois o estabelecimento de meta e o sentimento de que é necessário cumpri-la, induz o prestador de serviços a se lançar a mais horas ao trabalho, em detrimento dos trabalhadores que não se valem desse recurso (SCHEIBER, 2017).

Em relação àqueles trabalhadores que não informam os objetivos pretendidos, a empresa se vale de outro mecanismo, o chamado “laço lúdico”, em que é demonstrado o progresso da prestação de serviços e quanto o trabalhador está próximo de alcançar certa quantia financeira, ou seja, ainda que o próprio trabalhador não tenha traçado um padrão a ser atingido, a plataforma lhe aponta um norte partir dos históricos laborais que detém daquele profissional em seus registros, que serve de mote para motivar-se.

As plataformas ainda se valem de técnicas voltadas a comparar a própria *performance* do prestador de serviços, por meio do qual exibem o seu histórico de ativação na plataforma, a fim de instigar comportamentos autodesafiadores, capazes de impelir o trabalhador a alcançar e até mesmo, ultrapassar os próprios parâmetros.

No artigo *How Uber Uses Psychological Tricks to Push Its Drivers' Buttons*, Noam Scheiber afirma que a *Uber Technologies* e outras plataformas digitais têm também utilizado técnicas de videogame, gráficos e recompensas com o objetivo

de incentivar os prestadores de serviços a trabalharem mais horas e com mais afinco, ainda que em locais e tarefas que não lhes sejam tão lucrativos (SCHEIBER, 2017).

O que se vê é que toda a programação visual e linguística da plataforma digital é cuidadosamente pensada e arquitetada para que o ambiente virtual seja convidativo e amigável, de modo que o trabalhador não sinta que está trabalhando, nesse sentido, as comunicações formais dão lugar aos *emoticons*, aos gráficos e até a emblemas, os quais são utilizados para elogiar, monitorar e até mesmo disciplinar os trabalhadores.

Esses recursos de “gamificação”, portanto, são corriqueiramente utilizados como vetores à indução do comportamento dos prestadores de serviços no âmbito das empresas tecnológicas, assim, a cada nova conquista, a plataforma colaciona no perfil do prestador de serviços um emblema, uma estrela ou título, a fim de destacar a atuação do prestador de serviços aos usuários e até mesmo aos demais trabalhadores, servindo nesse último caso, como técnica para fomentar a competitividade no ambiente laboral.

Baseado no algoritmo criado pela Netflix de reprodução automática de conteúdo, as plataformas também têm disponibilizado o recurso do “despacho antecipado” ou “enfileiramento automático”, segundo o qual antes do término de uma tarefa, já é disponibilizado outro serviço. Trata-se de mecanismo voltado a incentivar a prestação de trabalho de forma contínua, mantendo-se o trabalhador sempre ativo, em razão do encurtamento do tempo de espera.

Além disso, caso a oferta de trabalhadores seja insuficiente para atender a demanda, a própria plataforma dispara mecanismos de incentivo para instar o trabalhador a prestar serviços, por meio de preços e áreas dinâmicas, como ocorre com as empresas de transporte particular de passageiros, *Uber Technologies* e *99 Pop*, ainda que esse chamado ao trabalho e apontamento de existência em que determinadas áreas de atuação contem com preços acima do normal revelem claramente a interferência da plataforma digital na base da principal lógica de mercado, desvirtuando assim a métrica da oferta e da demanda.

A existência de uma massa crítica de usuários também impacta diretamente no modelo, pois as informações e solicitações coletadas, por meio dos aplicativos e do sistema de geolocalização, bem como por meio do sistema de avaliação (tal como a famosa avaliação cinco estrelas), subsidiam diretamente a gestão do próprio negócio, bem como a sorte do trabalhador na plataforma, isso porque conforme o nível de engajamento maior são as chances de lhe serem dirigidas

tarefas mais proveitosas e lucrativas, além de que norteiam até a permanência do seu cadastro.

Ao retirar de si a prerrogativa de avaliar diretamente a prestação de serviços em favor da sua delegação a uma massa crítica de usuários, as plataformas digitais, segundo Gustavo Gauthier criam uma tremenda ferramenta de controle que suplanta as formas de ingerência até então existentes, pois, a partir desse sistema de avaliação e de reputação criado, os prestadores passam a ser observáveis ao longo de toda a execução da tarefa, a cada prestação de serviços realizada (GAUTHIER, 2016)

E ousamos, acrescentar, inclusive fora dela, pois os dados decorrentes das atividades do trabalhador logados ou não são recrutados pelas plataformas digitais e auxiliam na formulação de políticas em tempo real, para lançar campanhas tendentes a mobilizar o ingresso de novos profissionais e usuários, ou ainda, motivar a sua permanência. É o que ocorre quando são lançadas premiações ao trabalhador que indicar um determinado número de outros colegas, ou quando são concedidas benesses que favorecem a aquisição do serviço em valores abaixo do custo.

No mesmo sentido Valerio de Stefano destaca que essa nova forma de controle do trabalho por avaliação de desempenho e resultados, em muitos casos, pode se assemelhar ou até mesmo suplantar o mesmo nível de onipresença de controle que outros empregadores exercem no âmbito da relação de emprego, pois a competição resultante da massa de trabalhadores arregimentada pela plataforma garante um *status* quase de onipresença da plataforma durante a execução do serviço, o que garante que a qualidade permaneça alta, em contraste às retribuições que continuam baixas (DE STEFANO, 2016).

A formação de uma massa crítica de trabalhadores, arregimentada por plataformas, é igualmente fundamental para a fluidez do sistema de trabalho, pois a formação de um exército de reserva garante duas possibilidades: de um lado, assegura que a qualidade dos serviços seja constantemente monitorada, diga-se a bem da plataforma, por outro lado, importa tarifas cada vez mais reduzidas, cuja margem de lucro se mantém inalterada ante a intensa concorrência entre os próprios trabalhadores, que, como mencionado, iludidos sob a possibilidade de premiações pela indicação de novos profissionais ao trabalho, não percebem que, em verdade, estão fomentando sua autoconcorrência.

2. DO TRABALHO INVISÍVEL: DE SUA EXTRAÇÃO, APROPRIAÇÃO E NÃO RECONHECIMENTO COMO TRABALHO

Sob a égide dessa nova ordem econômica, que, paulatinamente, se imiscui aos modelos de organização empresarial e de gestão da força de trabalho anteriores, constata-se que o trabalho humano também é apropriado pelas empresas tecnológicas, sob facetas não visíveis, mascaradas sob a forma de consumo, experiências ou ainda desdobramento do próprio trabalho visível, o que gera a disposição de energia humana, mas não denotam o seu reconhecimento como trabalho, por força dos moldes descritos unilateralmente pelos regulamentos empresariais.

Seguindo a mesma lógica, a esse trabalho não visível não se reconhece direito à remuneração, em que pese, ter relação direta para a valorização do capital, isso porque sob o viés desse novo capitalismo a experiência humana é reivindicada “como matéria-prima gratuita para o comércio oculto de práticas de extração, previsão e vendas” (ZUBOFF, 2020), que fomenta a consolidação das empresas mais abastadas na atualidade.

A título exemplificativo do que se considera como faceta não visível do trabalho humano em plataformas digitais, destaca-se o labor empenhado na produção de dados extraídos, durante o tempo “logado” pelos trabalhadores em plataformas digitais. Em outras palavras, em se tratando de transporte de bens e passageiros, os dados digitais produzidos e posteriormente, coletados durante o tempo de espera são extraídos, em tempo real, processados e utilizados em proveito exclusivo da própria plataforma, que os utiliza para monitorar e repassar a terceiros informações em tempo real do tráfego, de preferências, de localização, de atividade e até mesmo da ociosidade bem como subsidiam a publicidade vendida nos âmbito dos aplicativos, sem que isso reverta em qualquer forma de benefício ao trabalhador, notadamente, sob a perspectiva pecuniária.

A bem da verdade, a mesma dinâmica se observa em relação a outros profissionais, que acionam o recurso de geolocalização para realização de seus serviços e durante o tempo de espera, tem os dados extraídos para fins desconhecidos, que perpassam a mera melhoria ou potencialização das demandas em seu proveito.

No âmbito das plataformas digitais que operam exclusivamente no meio virtual, acontece o mesmo, os rastros digitais deixados pelos trabalhadores,

ainda que, em busca de tarefas a serem executadas, ou no curso do treinamento para sua habilitação ao trabalho, são apropriados pelas empresas, que não repassam a correspondente contraprestação ao trabalhador, ainda que tais informações sejam apropriadas e monetizadas pelos sistemas de publicidade, predição e modulação de comportamento.

A despeito da formulação de novas proteções incidentes sobre dados, recém-formuladas para tutelar aspectos ligados: à extração de valor dos dados; à privacidade; à restrição da dependência econômica gerada pelas plataformas digitais, bem como à promoção da concorrência –, a exemplo do Regulamento Geral sobre a proteção de dados emitida pelo Parlamento Europeu sob o n. 2016/679, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, na comunidade europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, no Brasil –, entende-se que as proteções jurídicas até então lançadas adotam como norte essencialmente a perspectiva consumerista e interempresarial, o que expõe a clássica fratura estrutural do capitalismo de que o homem vale mais pelo que consome, do que pelo seu trabalho.

Nesse sentido, padece, ainda, de parca análise jurídica o reconhecimento de que a produção de dados gerados em decorrência da atividade humana, ao valorizar o capital, deva ser reconhecida como trabalho, passível de remuneração e regulamentação, merecendo tratamento específico, sob o viés trabalhista, tendo em vista que essas “margens” que, não são consideradas como trabalho unilateralmente pelas plataformas digitais, também animam a engrenagem desse novo capitalismo.

A despeito da relevância temática, ainda são incipientes as produções acadêmicas sobre a matéria, notadamente no âmbito nacional, em que não há trabalhos reivindicando o tratamento trabalhista dos dados produzidos em decorrência da interação humana em plataformas digitais, quiçá pela jurisprudência, essa última ainda refratária até mesmo ao reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os litígios derivados, bem como ao reconhecimento dessa relação de trabalho como emprego, entendimento esse fundado em arraigado dogmatismo conservador (NICOLI, 2016)

Nessa conjuntura, considerando a rápida disseminação de labor sob o pálio dessa nova tecnologia, arregimentando um grande contingente de trabalhadores, em todos os lugares do mundo, sem o estabelecimento de regulação hete-

rônoma a disciplinar essa modalidade de trabalho, que repercute não apenas em relação àqueles vinculados às plataformas digitais, mas abala também as estruturas tradicionais de labor, são vultosos os desafios impostos pela introdução de novas tecnologias e suas consequências à centralidade do trabalho e ao Estado Democrático de Direito, a medida que se busca a identificação e a regulamentação de novas conformações do trabalho humano, notadamente aquele realizado por meio de plataformas digitais lucrativas, mas não reconhecidos como tal, tampouco passíveis de qualquer remuneração, nos moldes atuais.

Pela teoria conceitual proposta por Hamid Ekbia e Bonnie Nardi sobre “Heteromação do trabalho”, as novas tecnologias em que se pauta o trabalho platformizado instaura um “novo mecanismo e lógica de extração de valor no capitalismo contemporâneo”, cujo objetivo contrasta com o da automação, pois, se este pretendia substituir a força de trabalho humana pelas máquinas, aquele reinsere um contingente de pessoas expulso pela conformação anterior da tecnologia, e lhes atribui tarefas críticas para os usuários finais, considerados mediadores indispensáveis, infligindo, por conseguinte, notáveis implicações sociais, econômicas e éticas, por alterar os parâmetros de recompensa, realização e compensação no e do trabalho humano (EKBIA; NARDI, 2017).

Portanto, a partir desse trabalho mediado por tecnologias digitais nas sociedades contemporâneas, como expoente desse modelo, são produzidas significativas mudanças na organização e regulação do trabalho humano, e não só isso, por turvar o que pode ser considerado trabalho, bem como os seus sujeitos, modificando, até mesmo, os parâmetros do que se entende por remuneração, dificulta-se a percepção de necessidade de proteção do trabalho humano e o fomento de mecanismos de resistência e controle externo.

Ao preencher lacunas deixadas pelas tecnologias automatizadas e promover o retorno de uma grande população de trabalhadores, que foi expulsa ou mesmo nunca inserida socialmente sob o viés da tutela jurídica do trabalho, aqui, identificada pela conjugação dos conceitos de “infoproletariado”, por Ricardo Antunes e Rui Braga (ANTUNES; BRAGA, 2009), entende-se que a “heteromação do trabalho” realiza um movimento reverso ao da erupção do vulcão capitalista descrito por Márcio Tulio Viana e Raquel Betty Castro Pimenta (VIANA; PIMENTA, 2017), que, agora, passa a incluir, ainda que a seu modo, uma multidão de trabalhadores desempregados, subempregados ou desempregados, remunerando-os mediante valores abaixo do salário-mínimo, ou ainda não os remunerando (ABÍLIO, 2020)

No âmbito dessa nova morfologia da classe trabalhadora, enredam-se novas formas de captura da subjetividade, situação descrita por Giovani Alves (ALVES, 2011), sob a perspectiva do regime toyotista, mas que bem se aplica ao momento atual, em que sobressai a ideologia de que tutelar o trabalho, desprotege o trabalhador (VIANA, 1999), aliada à ideia mitificada de “soberania radical sobre si (NICOLI, 2016), o que explica as constatações da pesquisadora Veena Dubal (DUBAL, 2020) que discorreu sobre ambivalência de sentimentos dos trabalhadores que atuam na plataforma da empresa *Uber Technologies* no que se refere ao seu reconhecimento como sujeitos de direitos trabalhistas, em que, se por um lado buscam melhores condições de trabalho, igualmente, temem que, ao obtê-las pela via regulatória trabalhista, percam a pouca possibilidade de inserção social que lhes aparece.

O conflito manifestado não é novo, é bem verdade, afinal, pois essa ambiguidade já foi observada pelo professor Márcio Túlio Viana, que, há mais de 20 anos, referia que os excluídos do sistema capitalista enxergam que “a ordem jurídica não é proteção, mas problema” (VIANA, 1999). Por sua vez, a mesma constatação foi verificada, mais recentemente, pelo professor Pedro Augusto Gravatá Nicoli, para quem “os quadros de exclusão social encontram eco em uma exclusão jurídica, em ciclo perverso de realimentação (NICOLI, 2016, p. 24)”.

Entretanto, entendendo-se que as inovações tecnológicas não são neutras ou imunes às relações de poder instituídas, mas influenciam as instituições e a ideologia, assim como são moduladas por ambas, sustenta-se que a negativa como trabalho e a constante indefinição do que sejam dados e trabalho, no âmbito do labor realizado por meio de tecnologias heterônomas, não se trata de fator acidental, e sim remete à conformação histórica em que moldado o capitalismo (PEREIRA, 2019), sempre atuando em suas margens, em proveito próprio.

Assim, adotando-se como premissa a lição de Pierre Lévy (LÉVY, 2011, p. 23) para quem a virtualização, aqui, vista como sinônimo de tecnologia “não é nem boa, nem má, nem neutra”, não se pode descurar que a não identificação como trabalho, tampouco como trabalhador daqueles cuja atuação movimenta a engrenagem do novo capitalismo, concorre ainda mais para a precarização do trabalho, bem como a exclusão sociojurídica do trabalhador, cada vez mais invisibilizado no esforço que empreende para sustentar os novos arreios que o capitalismo se assenta.

É sobre essa situação que o conceito de invisibilidade descrito na obra **Invisible labor: hidden work in the contemporary world** se insere para descrever

as mudanças do paradigma do trabalho e do trabalhador na atualidade (CRAIN, POSTER, CHERRY, 2016):

[...] as activities that occur within the context of paid employment that workers perform in response to requirements (either implicit or explicit) from employers and that are crucial for workers to generate income, to obtain or retain their jobs, and to further their careers, yet are often overlooked, ignored, and/or devalued by employers, consumers, workers, and ultimately the legal system itself.

A despeito das constatações desanimadoras de que a produção de dados, coletados no âmbito trabalho realizado por meio de plataformas digitais, não tem sido reconhecida como trabalho invisível, isso não se trata também de novidade, muito pelo contrário, a temática guarda similitude com outras formas de trabalho, igualmente ocultadas, a exemplo da resistência no que toca o reconhecimento do trabalho feminino doméstico, que, apesar de discretos avanços, em termos legislativos, ainda é marcado pela invisibilidade, em especial, no que se refere à possibilidade de remuneração e irradiação de direitos.

3. DA AMPLA COLETA DE DADOS, DA IMPOTÊNCIA DE ANÁLISE E DAS IMPLICAÇÕES SOBRE A VIDA E O TRABALHO

Adotando-se a lição de Alex Rosenblat e Luke Stark, entende-se que toda essa sistemática de controle baseada em algoritmos e nas redes cria formas de controle e vigilância opacos, cuja ingerência sobre a prestação de serviços passa muitas vezes despercebida, pois as ordens são ocultadas sob a forma de comandos expressados por meio das aplicações informáticas, que ditam o procedimento a ser seguido, de forma automatizada, sem qualquer atuação humana direta (ROSENBLAT; STARK, 2016).

Nesses casos, sintetizam os referidos autores que o controle é feito à distância por um programa informático gerido pela plataforma que substituiu o controle direto próprio do poder empregatício para monitorar o trabalhador de uma forma muito mais intensa, porém que haja intervenção humana. Citando como exemplo as plataformas de transporte particular de passageiros, os autores constataram que a existência de controle está presente em uma série de fatores da própria viagem, desde o momento da sua aceitação por parte do condutor até o controle sobre o próprio tipo de veículo que os condutores utilizam, tudo arregimentado por meio de códigos de programação.

A despeito da constatação de que a programação algorítmica cria uma infraestrutura invisível de gestão (ALOISI, 2016) em que as aplicações informáticas exercem a função de promover a organização e supervisão da força do trabalho em modulação similar às prerrogativas reservadas à figura do empregador.

Tal raciocínio se mostra equivocado, pois, em verdade, a programação por comandos, introduzida pela gestão por algoritmos e outros mecanismos de controle aqui citados, não retirou a possibilidade de interferência sobre a prestação de serviços; muito pelo contrário: apesar de despersonalizada, a interferência existe e de forma intensa. O que se observa é que o controle por programação apenas excluiu a figura humana que exercia essa atividade, de modo que, agora, os trabalhadores não precisam cumprir mais ordens, mas sim “regras do programa” e, uma vez programados, na prática, os trabalhadores não agem livremente, apenas exprimem reações esperadas (CARELLI, 2017).

Nesses termos, como assevera Rodrigo Carelli (CARELLI, 2017), o algoritmo, cujos elementos podem ser modificados a cada momento pela sua reprogramação, garante que os resultados finais esperados sejam alcançados, sem necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho. Desse modo, a subordinação dos dirigidos cede à ideia do controle por *stick* (porrete) e por *carrots* (premiação), introduzindo a nova forma de subordinação da era cibernética: aqueles que seguem a programação recebem premiações, sob a forma de bonificações e recompensas, como aqueles que não se adaptam aos comandos e objetivos, são cortados ou punidos.

Restando padronizados todos os comandos e objetivos esperados, o gerenciamento algorítmico e os demais mecanismos de controle já citados estruturam o sistema para fornecer todas as respostas às ações e aos questionamentos dos trabalhadores sobre a prestação de serviços, buscando com isso inibir a necessidade de contato dos prestadores de serviços com os funcionários da plataforma, por essa razão, a comunicação dos trabalhadores com a plataforma é restrita, em geral mediada pela tecnologia, por meio de e-mail ou mediante remissão à seção de perguntas e respostas disponíveis nas plataformas, tudo voltado a evitar a aparência de subordinação jurídica dos trabalhadores às plataformas e escapar à normatividade estatal, inclusive a do Direito do Trabalho.

Adotando-se as reflexões traçadas por Giovanni Alves (ALVES, 2011) a respeito do *toyotismo*, mas que se mostram adequadas aos presentes tempos, é possível asserir que essas novas tendências de gestão da força de trabalho revelam, mais uma vez, o novo poder do capital e sua franca aptidão para desregular e

flexibilizar os contratos de trabalho, a ponto de comprometer todo o padrão de proteção jurídica já consolidado em favor da “classe que vive-do-trabalho” para transformar novamente o trabalho – até então encarado como finalidade do ser social – em mero meio de subsistência (ANTUNES, BRAGA, 2009).

Marc Andrejevic adverte sobre a vigilância, a captura e o armazenamento de dados e incapacidade de análise do volume de dados, o que, por certo, igualmente atinge as plataformas digitais de trabalho, que, se por um lado, escapam à compreensão humana e até mesmo da máquina ante o enorme volume coletado, em algum momento, serão capturados, analisados, estruturados e monetizados (ANDREJEVIC; GATES; KELLY, 2014)

Nesse particular, não se pode perder de vista a necessidade de, ainda que considerado o volume, se deve impor filtros, com transparência, tendentes a abstrair quais comportamentos são aptos a promover o trabalho que não traduzam parâmetros discriminatórios e antidemocráticos e favoreçam o trabalho digno e decente, afinal, é a máquina e programação subjacente que gera padrões tendentes a fomentar o menor custo e o maior benefício, ainda que em franco desfavor ao trabalho e à dignidade da pessoa humana.

Assim, digno de nota o padrão de abertura e fechamento de uma grande rede de alimentação nos Estados Unidos que promovia a elaboração da escala e fechamento dos estabelecimentos, a partir um padrão oculto e que no dia anterior fixava a escala e trabalho para o dia seguinte, sem respeitar o padrão mínimo de descanso, o qual era imposto a mesma pessoa, o que minava claramente a possibilidade de trabalho das mulheres.

O fator de ocultamento, pelo não conhecimento dos códigos-fontes, em regra, protegidos sob a ótica de segredo industrial, ou ainda que passível de conhecimento, exigiria exímio conhecimento da fórmula de apuração de vigilância, captura, intermediação e distribuição do trabalho revelam padrões de programação voláteis que exercem práticas subordinantes não apenas de trabalhadores, mas, inclusive, sobre países, que “se tornam estruturas sociais dominantes por direito próprio, subordinando outras instituições, conjurando ou sedimentando divisões e desigualdades sociais e estabelecendo os termos nos quais indivíduos, organizações e governos interagem” (WOOD, 2019)

Cathy O’Neil, no livro **The culture of surveillance: watching as a way of life** traça múltiplos exemplos sobre a opacidade do uso dos algoritmos para fins de fixação de relações afora aquele em que efetivamente coletados e como servem como fator determinante para fins de definição da política de admissão

e fundamentalmente, dispensa dos trabalhadores, a exemplo de professores ou ainda valorização do sistema de créditos financeiros (O'NEIL, 2020).

Sem dúvidas, a opacidade, complexidade e imbricações entre a reputação traçada pelos números e redes, em caráter real ou fictício decorrente das infinitas relações traçadas nos revelam que é indispensável a formação de meios de resistência, não, apenas sob o viés individual, notadamente sob o viés trabalhista, parte hipossuficiente por natureza e ainda mais vulnerável por desconhecer a "roldana" que movimentam a máquina cibernética, afinal, a agilância que hoje se encontra em voga é massiva, busca por uma quantidade de dados intensa para que possa estabelecer padrões humanamente inalísáveis.

4. CONCLUSÃO

A coleta de informações a partir dos aplicativos disponibilizados aos trabalhadores se trata de um instrumento sofisticado de pesquisa que possibilita o monitoramento da adesão às estratégias lançadas, de modo a captar quais táticas são aptas a potencializar a prestação de serviços.

Em razão da ausência de marcos regulatórios em relação a essas formas de trabalho, não há normas de proteção voltadas a inibir o uso dessas estratégias psicológicas em face do trabalhador, diferentemente do que já ocorre na legislação consumerista.

O que se vê é que, contrastando com a retórica de neutralidade de atuação sustentada pelas empresas tecnológicas, demonstrou-se que as plataformas digitais dirigem e controlam, em graus variados, a prestação de serviços exercida pelo trabalhador, para tanto, se valem de mecanismos sofisticados, que dispensam a intervenção humana, como o controle por algoritmo, a fiscalização por desempenho assim como adotam incentivos psicológicos. Todas essas ferramentas têm como finalidade manter o trabalhador mais horas conectado e moldar o seu comportamento e a sua forma de prestar serviços, com vistas a garantir o padrão de qualidade por ela estabelecido.

Esses instrumentos de ingerência utilizados pelas plataformas digitais demonstram, portanto, que houve significativa alteração dos mecanismos de gestão e supervisão incidentes sobre a prestação de serviços, passando da gestão pessoal, presencial, incisiva feita pelo empregador no local de trabalho até chegar aos tempos atuais, em que esse controle é feito pelos algoritmos e pelas redes, sem a necessidade de qualquer supervisão humana, o que, a

despeito da forma automatizada da gestão, não desvincula o trabalhador da condição de sujeito às normas empresariais que lhe são obrigatórias para o fiel atendimento dos interesses patronais, cuja não observância motiva penalidades que vão desde a advertência até a exclusão total do cadastro, o que demonstra que a liberdade de atuação tão propalada em discurso, não resiste ao exame mais detido sob a perspectiva tutelar do direito do trabalho.

E há mais. A exploração, a acumulação, a expropriação da força de trabalho não se limita à faceta visível do que se considera trabalho, por meio de algoritmos opacos e relações complexas; novas conexões invisíveis se imbricam a explorar o trabalhador, sob formas de experiências, sem se validar o que, de fato é: trabalho não remunerado.

5. REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhej. A Uberização: a era do trabalhador *just-in-time*?. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100111&tlng=pt. Acesso em: 7 dez. 2022.

ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade**: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labour law issues arising from a set of 'on-demand/gig economy' platforms. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 37, n. 3, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2637485>. Acesso em: 10 dez. 2022.

ANDREJEVIC, Mark; GATES, Kelly. Big data surveillance: introduction. **Surveillance & Society**, v. 12, n. 2, p. 185-196, 2014.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. **Infoproletários**: degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O caso Uber e o controle por programação: de carona para o século XIX. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2017.

CRAIN, Marion; POSTER, Winifred; CHERRY, Miriam. **Invisible labor**: hidden work in the contemporary world. University of California Press, 2016.

DEBRANDER, Firmin. **Life after privacy**: reclaiming democracy in a surveillance society. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

DE STEFANO, Valerio. Introduction: Crowdsourcing, the gig-economy and the Law. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, v. 37, n. 3, p. 461-471, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2767383. Acesso em: 10 dez. 2022.

DUBAL, Veena. **An Uber Ambivalence: employee status, worker perspectives, & regulation in the gig economy**. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/An-Uber-Ambivalence%3A-Employee-Status%2C-Worker-%26-in-Dubal/94bd104355e-27d9e34efa57be6100e7f83fa0f03>. Acesso em: 8 dez. 2020.

EKBIA, Hamid. NARDI, Bonnie. **Heteromation and the other stories of computing and capitalism**. MIT PRESS, 2017.

GAUTHIER, Gustavo. El derecho laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 19, n. 37, p. 117-127, jul. 2016. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2016v19n37p117>. Acesso em: 10 dez. 2022.

HARCOURT, Bernard. **Exposed: desire and disobedience in the digital age**. Harvard University Press, 2015.

LÉVY, PIERRE. **O que é virtual**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTR, 2009.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de direitos internacional social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2016.

O' NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

PEREIRA, Flávia Souza Máximo. **Para além da greve: o diálogo italo-brasileiro para a construção de um pluralismo político da classe-que-vive-do trabalho**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOSASWG64>. Acesso em: 5 dez. 2022.

ROSENBLAT, Alex. STARK, Luke. **Algorithmic Labor and Information Asymmetries: a case study of Uber's Drivers**. Disponível em: <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/4892/1739>. Acesso em: 10 dez. 2022.

SCHEIBER, Noam. **How uber uses psychological tricks to push its drivers' buttons**. The New York Times – 16 abr. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2017/04/02/technology/uber-drivers-psychological-tricks.html>. Acesso em: 10 dez. 2022.

VIANA, Márcio Túlio. **Da greve ao boicote e outros pequenos estudos**. Belo Horizonte, RTM, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. O direito, a química e a realidade social. **Rev. Trib. Reg. Trab:** Belo Horizonte, p. 49-51.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty Castro. Do cavaleiro solitário ao juiz em rede: tentando entender e enfrentar as novas estratégias do capital. *In:* LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano.** São Paulo: Ltr, 2017.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância:** a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

WOOD, David Murakami; MONAHAN, Torin. Platform surveillance. **Surveillance & Society**, v. 17, n. 1/2, p. 1-6, 2019.

POR UM CONCEITO PARA O TRABALHO DECENTE EM UM HORIZONTE DE DIGNIDADE

Patrícia Maeda

Doutora em direito do trabalho pela Universidade de São Paulo.
Pós-doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo.
Juíza do trabalho substituta do Tribunal Regional do Trabalho
da 15ª Região. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho e
Capital (GPTC) e do grupo de pesquisa em direitos humanos,
democracia e desigualdades, ambos na Usidade de São Paulo.

1. A CONCEPÇÃO LIBERAL DOS DIREITOS HUMANOS

A história da gênese dos direitos humanos é a história da gênese do capitalismo. O processo de transformação social, em meio ao colapso do feudalismo, faz surgir o modo de produção capitalista, no qual a forma da mercadoria encontra seu completo desenvolvimento. Como o “outro lado da moeda”, desenvolve-se a forma jurídica, que, por sua vez, enuncia os direitos humanos.

Os direitos humanos têm, portanto, sua história relacionada com o surgimento da forma do sujeito de direito, categoria necessária para a generalização das relações de troca, o que implica o reconhecimento das prerrogativas de liberdade, igualdade e propriedade. Kashiura Júnior (2009) ressalta que “a atribuição dessas prerrogativas ao homem³³ não tem qualquer caráter verdadeiramente humanista, ou seja, não é verdadeiramente derivada da dignidade ou da condição humana. É o próprio movimento interno do capitalismo que as engendra”. O Estado, como forma política do capitalismo, restringe ou amplia os direitos humanos de modo a garantir a reprodução do mercado.

A quem se destinam os direitos humanos e a cidadania plena? Para Kant (2003), filósofo da ascensão burguesa na Europa do século XVIII, os trabalhadores assalariados, as mulheres e as crianças são pessoas cujas existências constituem **meras inerências** e que não se qualificam para votar nem participar da administração do Estado. São os cidadãos passivos, pessoas sem personalidade civil, dependentes em termos de sustento e proteção de outrem, mas aptas a dispor de sua força de trabalho. Essa base teórica possibilita o reconhecimento da liberdade contratual e da igualdade formal entre contratantes, viabilizando a venda e a compra da força de trabalho, sem tocar em outras “igualdades”, como a política, a social e a de gênero.

A respeito da **liberdade** e da **igualdade**, observa-se que o trabalho assalariado pressupõe o possuidor livre da força de trabalho, ou seja, aquele que não dispõe de meios de produção e que possa se vincular por meio de contrato. Nesse ponto, a forma sujeito de direito é a forma-jurídica necessária para o capitalismo. Isso porque considerar o indivíduo sujeito de direito significa declarar sua **liberdade e igualdade formal** para vender sua força de trabalho no mercado, o que viabiliza a produção, a circulação e a valorização do valor.

33 Apesar de as mulheres trabalhadoras serem constantemente invisibilizadas pela adoção do masculino genérico, para maior fluidez do texto, foram mantidas expressões como “homem”, no sentido de seres humanos; “trabalhadores”, como o coletivo de trabalhadoras e trabalhadores.

Enfim, a igualdade formal no contrato de venda e compra de força de trabalho esconde a desigualdade material entre as classes sociais a que pertencem os sujeitos. Por isso, o direito, ao corresponder à lógica de preservar esse modelo, tem a função de garantir a reprodução capitalista.

De todo modo, ao considerar o ser humano um fim em si mesmo e dar a base para a concepção da dignidade da pessoa humana como algo que não está à venda por preço algum, Kant (2003) poderia ser considerado até mesmo progressista na atualidade. Isso porque, três séculos após a teoria kantiana, o que se verifica é, sobretudo no tocante a direitos sociais, a relativização da dignidade humana por meio de argumentos jurídicos e econômicos como os da “reserva do possível”; do “conteúdo programático das cláusulas sociais”; e dos “orçamentos estatais”. Em razão disso, a concepção de dignidade humana na atualidade mostra-se frequentemente mais frágil que aquela proposta por Kant no século XVIII.

2. TRABALHO DECENTE NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Após o fim da II Guerra Mundial, em plena disputa ideológica entre socialismo e capitalismo, a necessidade de contenção das aspirações revolucionárias pelos Estados Unidos da América para garantir seu projeto hegemônico foi uma das causas das “concessões” sociais por meio das organizações internacionais por eles lideradas. Apesar de sua declarada opção por um Estado liberal, no sentido de mínima intervenção no mercado e, sobretudo, de mínima proteção social, para Washington a “estabilidade mundial” estava em risco, dada a condição econômica e social de vários países centrais.

Nesse contexto, o artigo 7º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em Assembleia Geral pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, trouxe pela primeira vez a noção de decência relacionada ao trabalho. De acordo com o referido artigo, as condições de trabalho justas e favoráveis devem assegurar uma **existência decente** para os trabalhadores e suas famílias, em conformidade com as disposições do referido Pacto. Da leitura deste, não se infere claramente o que seria uma existência decente, muito embora haja previsão de diversos direitos, como justa remuneração, condições de trabalho seguras e higiênicas, descanso, limite de jornada etc.

De acordo com a teoria geracional dos direitos humanos, dado o conteúdo de direitos sociais desse Pacto, declarados os direitos humanos de segunda geração, houve a clara opção por uma concepção programática de suas normas,

limitando a efetividade no plano material a mero compromisso dos Estados-partes, conforme seu art. 2º, § 1º.

Um tratamento diferenciado foi conferido ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, considerados direitos de primeira geração, com normas autoaplicáveis, com deveres e obrigações impostos expressa e imediatamente aos Estados signatários. Embora o referido Pacto represente um avanço em termos ideológicos, certo é que, por conta de sua perspectiva estritamente liberal, não coloca em xeque a crescente exploração do trabalho humano mascarada na forma-mercadoria, que se expande globalmente nos chamados 30 anos gloriosos que sucederam ao final da Segunda Guerra Mundial.

O equilíbrio aparente do capitalismo na também chamada Era de Ouro, representado pela combinação entre a estabilidade (e rigidez) do fordismo como regime de acumulação e modo de regulação, a proteção do Estado do Bem-Estar Social e o quase pleno emprego, foi gradativamente desmanchado (ou desmitificado). A queda da taxa de lucro iniciada nos anos 1960 nos Estados Unidos, o ingresso dos *baby boomers* no mercado de trabalho, o aumento da produtividade do Japão com o modelo toyotista (como técnica de gestão), o marco histórico da crise do petróleo de 1973, os avanços tecnológicos, entre outros fatores, levaram a um rearranjo do capital ao mesmo tempo que o justificavam. É dizer que os avanços sociais conquistados no pós-Segunda Guerra Mundial não causaram a crise desencadeada em 1973, mas esta certamente justificou a opção pela resposta neoliberal implantada nos Estados capitalistas avançados a partir de meados da década de 1970, com reflexos mais aparentes no Brasil a partir de 1990.

Diversos Estados capitalistas optaram por uma política neoliberal de desregulamentação e flexibilização em resposta à crise do capitalismo iniciada na década de 1970. Esse fato, associado a nova forma de internacionalização da produção com a maior mobilidade do capital e as novas tecnologias de comunicação e transporte, resultou em nova divisão internacional do trabalho, onde se destacam as empresas transnacionais. A grande mobilidade do capital, por sua vez, aprofundou a concorrência em vários níveis: internacional, inter-regional, interestadual e até mesmo entre os sindicatos e os próprios assalariados. Assim, o capitalismo pós-fordista (HIRSCH, 2010) caracteriza-se por uma forte tendência à informalidade e à precarização no âmbito das relações de trabalho, como forma de redução de custos, de modo a atrair o capital móbil. Além disso, a globalização e a financeirização do capitalismo parecem deslocar o trabalho

como principal fonte de riqueza para ceder lugar ao capital especulativo, com o aumento da concentração da renda e das desigualdades sociais.

Apesar de tudo, no modo de produção capitalista, não há como produzir mais-valor sem trabalho humano. Se o capital tende a substituir capital variável (o trabalho) por maquinário, por outro lado, ele tem, pelo menos, dois limites elementares. Em primeiro lugar, o investimento em automação deve ser inferior ao preço a ser pago pelo trabalho humano, independentemente da técnica empregada para tal avaliação. Em segundo, a substituição completa de trabalho humano por máquinas aniquilaria o contingente necessário de consumidores de suas próprias mercadorias, que incrivelmente não vão ao mercado e realizam suas trocas por conta própria (MARX, 2013; PACHUKANIS, 1988). Além do que robôs não são sujeitos de direito nem se vinculam por meio de contratos, formas-jurídicas essenciais à reprodução do capital (NAVES, 2008).

Em que pesem esses limites, as medidas neoliberais no âmbito mundial se intensificaram e essa nova ordem socioeconômica se impôs “desde os principais países capitalistas do centro até os países menos desenvolvidos da periferia, geralmente ao custo de severas crises, como na Ásia e na América Latina durante as décadas de 1990 e 2000” (DUMÉNIL; LÉVY, 2014).

Uma das reações à precarização das condições do trabalho decorrente da redução dos direitos trabalhistas, adotada como estratégia de recomposição das taxas de lucro, sobretudo nos países periféricos, foi protagonizada pela OIT por meio da campanha ou agenda do trabalho decente (TD).

No Relatório do Diretor Geral sobre o TD de 1999 é anunciada a “meta principal” da OIT: promover oportunidades para que mulheres e homens obtenham trabalho **produtivo e decente**, em condições de **liberdade, igualdade**, segurança e direitos humanos (MAEDA, 2017).

A primeira questão que surge é: qual a relação entre trabalho produtivo e TD? É importante pontuar que existe um grande debate sobre o que é produtividade, especialmente no setor de serviços, e não há consenso como deve ser sua aferição sequer no setor industrial.

A par disso, nota-se que não há uma definição do que seria o TD no referido relatório. São apontados, isso sim, os objetivos estratégicos da OIT: promoção dos princípios e direitos fundamentais do trabalho; criação de novas possibilidades de empregos e de renda para mulheres e homens; fortalecimento da proteção social; fortalecimento do diálogo social. A “convergência” desses objetivos ou aquela “meta principal” apresentada no mesmo relatório são adotadas indistin-

tamente por autores com artigos publicados pela própria OIT (Tapiola, Ghai e Somavia, por exemplo) como o que seria o TD, sem a construção de um conceito.

Tapiola (2004) ressalta que a OIT sempre baseou sua ação em um princípio básico: o trabalho não é uma mercadoria. Portanto, para o autor, as normas para o mercado de trabalho não podem ser comparadas às que se aplicam aos produtos ou mercados de capitais. Ele argumenta que uma das razões para estabelecer normas mínimas seria garantir que a vantagem competitiva não levasse os seres humanos a trabalhar em condições inaceitáveis, indignas e arriscadas. Defende que, juntamente com as considerações econômicas e sociais, as normas de trabalho envolvem uma dimensão ética. Conclui que a força dos princípios e dos direitos fundamentais no trabalho encontra-se em conformidade com as diretrizes e aspirações filosóficas e espirituais fundamentais do mundo. O TD estaria, portanto, relacionado a “questões éticas, filosóficas e espirituais do mundo” e nessa linha escrevem os demais autores do mesmo livro, sem, contudo, defini-lo.

Deranty e MacMillan (2012) também relatam que a OIT parte da premissa de que o trabalho não é uma mercadoria, princípio reafirmado na Declaração de Filadélfia de 1944. De fato, argumento parecido assume Somavia (2004), que subscreveu o relatório supramencionado. Ele frisa que o primeiro e mais importante valor acerca do paradigma do trabalho decente para a OIT é que o trabalho não é uma mercadoria, ainda que o custo da produção inclua o custo da mão de obra. Isso porque, ao se tratar de um ser humano, não pode ter o mesmo significado que outros componentes materiais. Seria nesse ponto que as questões morais, éticas e de valores interviriam, uma vez que não deve ser o mercado quem define a condição humana da pessoa em relação à sociedade. Todavia, ainda que seja louvável a iniciativa, fato é que, no capitalismo, o trabalho humano assume a forma mercadoria. Esta forma social oculta “o fato de que há a exploração econômica” (CHAUÍ, 2006, p. 81).

Somavia (2004) afirma ainda que o trabalho é mais importante que o capital, pois representa fonte de estabilidade familiar e paz por toda sociedade. No entanto, estudos sobre a conciliação entre o trabalho e a família sugerem que os horários de trabalho influenciam (negativamente) as relações familiares (SOARES, 1997)³⁴. Contrariamente à estabilidade familiar almejada, o trabalho

34 Se for considerado o impacto da desigualdade na divisão sexual e racial do trabalho, a pobreza do tempo e o reflexo no mercado de trabalho são claramente desfavoráveis às mulheres, em especial

aparece na vida da pessoa como concorrente do convívio familiar. No tocante à paz na sociedade, não é qualquer trabalho que a fomentaria. Wacquant (2011) relaciona os altos índices de criminalidade e de encarceramento estadunidenses com o trabalho assalariado dito flexível, adotado de forma sistemática pela política neoliberal, que resultou também em precariedade e pobreza em massa, generalização da insegurança social e aumento das desigualdades.

Para dar conta de conceituar o TD, Somavia (2004) afirma que o TD, ao mesmo tempo em que é aspiração das pessoas, é também aquele que busca os objetivos estratégicos da OIT: pleno emprego, direito dos trabalhadores, proteção social e diálogo social. Esses objetivos corresponderiam não só às necessidades humanas individuais, da família e da comunidade, mas também à perspectiva de desenvolvimento de um país. Ao final, Somavia defende que a agenda do TD seja um “instrumento moderno e adaptável”. Segundo o autor, do ponto de vista da OIT, por exemplo, a subcontratação para melhor funcionar não seria um mal em si, desde que respeitasse as regras e os valores da OIT, embora reconheça a possibilidade de *dumping* social.

Apesar da indefinição do que seja TD, foram traçadas diversas metas e estratégias, além de indicadores para monitoramento pela OIT. Todavia, a base teórica que sustenta toda construção a partir do TD é frágil, imprecisa e pouco contestada. De fato, ninguém se volta contra *virtudes* como a decência. Quem se oporia ao trabalho decente? O peso da expressão ‘trabalho decente’ não colabora com o debate, permitindo que a falta do conceito se esconda atrás de retórica.

Mesmo sem defini-lo, Ghai (2006) afirma que a importância da contribuição intelectual do conceito de TD está em prover uma estrutura unificada para suas áreas de atuação. Primeiramente, direciona o diálogo social necessário para implementação das normas e da legislação, além da infraestrutura institucional. Ademais, serve como estrutura para analisar e acompanhar seus diferentes componentes (liberdade, igualdade, segurança e direitos humanos). Por fim, provoca a questão sobre a universalidade e particularidade de seu paradigma.

Apesar de considerar uma aspiração universal, Ghai (2006) admite em seguida que o alcance desses objetivos depende de cada país e região, considerando sua história e tradições, o nível de distribuição dos recursos, a estrutura econômica e social, o estágio de desenvolvimento e várias outras circunstâncias. Dessa forma, a proclamada universalidade é relativizada.

Rodgers (2008), outro autor da OIT, ressalta que a questão do trabalho decente não pode se confundir com o pleno emprego e faz uma interessante distinção entre ‘emprego bom’, ‘emprego ruim’ e ‘desemprego’ para defender que a ideia de que “precisamos de mais emprego no mundo e de que depois tratamos de qualidade do emprego/direitos no trabalho/seguridade social” é uma falácia. Argumenta que, no limite, o pleno emprego poderia abranger até mesmo o trabalho forçado e degradante. Ele sintetiza, pois, seis conjuntos de questões que devem somar à criação de empregos de modo a observar a agenda do trabalho decente: direitos no trabalho (liberdade de associação e superação do trabalho forçado e da discriminação); segurança no trabalho (proteção contra a dispensa arbitrária, prevenção de riscos ocupacionais e seguridade social que garanta a renda no caso de contingências como doença, maternidade, desemprego e aposentadoria); condições de trabalho (duração e intensidade do trabalho, adequado meio ambiente de trabalho, propósito de criatividade e auto-realização com possibilidade de desenvolvimento e aplicação de habilidades); remuneração do trabalho (salário decente, acima do limiar da pobreza, pago com regularidade ou uma renda decente e confiável no pequeno negócio); organização, representação e voz (participação na tomada de decisão e na negociação coletiva); modelo de igualdade e inclusão (no nível da sociedade como um todo, em especial as desigualdades no trabalho e na sua remuneração, e exclusões do mercado de trabalho).

Sem dúvidas, há muito o que se aproveitar de tal sistematização, mas afirmar que um salário que estivesse acima da linha da pobreza seria decente, de forma alguma, representa um ganho da classe trabalhadora ou a sua proteção; corresponde antes a uma necessidade da própria burguesia, para a realização do mais-valor.

A expressão TD volta a ser utilizada pela ONU, quando na Resolução n. 59/314 adotada pela Assembleia Geral de 13/9/2005 é relacionada com a globalização (justa) e com o emprego pleno e produtivo, com inclusão das mulheres e dos jovens, estratégias para redução da pobreza, eliminação das piores formas de trabalho infantil e do trabalho forçado e respeito aos princípios e direitos no trabalho. Trata-se, portanto, de um campo de atuação reduzido em relação ao preconizado pela OIT, sobretudo porque silencia a respeito da negociação coletiva e não combate ao trabalho infantil como um todo, mas apenas suas piores formas (MAEDA, 2017).

Em 2008, a OIT, ainda sem conceituar o TD, aprimora sua agenda na Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa, com um melhor detalhamento sobre seus objetivos estratégicos, considerando os desafios impostos pelo mercado global, mas ainda numa abordagem procedimental (MAEDA, 2017).

3. PELA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE TD

A partir do histórico da atuação da OIT, sobretudo no tocante a políticas adotadas e normas produzidas, Deranty e MacMillan (2012) extraem que o trabalho decente designa um ideal a ser perseguido pelas políticas públicas e guiar idealmente as negociações tripartites, que pode ser resumido assim: indivíduos serão capazes de alcançar desenvolvimento pessoal pleno e inclusão social pela participação do trabalho, se este for moldado por um conjunto de instrumentos jurídicos que tanto reduzam a extrema sujeição às condições do mercado de trabalho, quanto garantam que a relação de trabalho não seja inclinada para a desvantagem do empregado no processo de negociação e na efetiva relação de trabalho. O trabalho decente dialogaria com o que Esping-Andersen (1990) defendia com a desmercantilização do trabalho, que consiste em aumentar o grau de autonomia e independência dos indivíduos (trabalhadores) em relação ao mercado (de trabalho).

Deranty e MacMillan (2012) identificam quais as dimensões concretas que tornariam decente o trabalho para a OIT: jornada de trabalho, questões de segurança e medicina ocupacionais e salário justo. Todavia, a forma de alcançá-lo seria indireto, pois o TD seria um resultado do processo de negociação e da relação de trabalho, desde que trabalhadores e empregadores estivessem em condições de igualdade. Ressaltamos que essa igualdade tende a ser apenas formal, pois a assimetria entre as partes é a característica principal do contrato de trabalho.

Segundo os autores, para a OIT, a condição de trabalhador como ser humano é o pilar para a relação de trabalho e deve ser respeitada na negociação sobre a organização do trabalho, conforme os quatro princípios fundamentais da Declaração de 1998: liberdade de associação e negociação coletiva, proibição do trabalho forçado e infantil e da discriminação no trabalho. Estes representam a importância da negociação coletiva e as principais formas sistêmicas de desrespeito ao indivíduo como trabalhador, que atingem a liberdade individual,

o direito de autodesenvolvimento adequado e pleno acesso ao trabalho. Essa abordagem por “princípios” se justificaria no contexto mundial, pois as variações entre as expectativas culturais e entre os níveis de desenvolvimento econômico de cada país simplesmente inviabilizam qualquer tentativa de definir substancialmente quais as dimensões concretas do trabalho que o fariam decente, novamente relativizando o que pretendia ser universal.

Os autores demonstram a insuficiência da abordagem procedimental da OIT com um simples exemplo: o trabalho pode não ser decente para um grupo de trabalhadores, ainda que respeitados os princípios fundamentais de livre acesso a relação de trabalho, admitidos sem coerção para o contrato de trabalho, com jornada e salário razoáveis e alguma proteção social. Isso porque o próprio trabalho pode ser fonte de violência, como assédio moral, ou a organização de trabalho pode ser patológica, levando ao adoecimento físico ou moral do trabalhador, como a síndrome de *burnout*.

Assim, o trabalho decente não seria assegurado apenas com emprego, termos e condições básicas garantidas ou com negociação suficientemente equilibrada, pois o conteúdo da atividade do trabalho também tem um papel importante. A sugestão dos autores seria complementar a campanha do trabalho decente com o modelo de Dejours de pesquisa sobre o trabalho como atividade subjetiva que mobiliza as capacidades emocionais, cognitivas e morais dos indivíduos e também as transforma para melhor ou para pior (DERANTY; MACMILLAN, 2012, p. 398). A abordagem de Dejours teria três níveis: o trabalho como uma atividade individual, o trabalho como cooperação e a cultura política do trabalho.

O trabalho como atividade individual, basicamente, preenche a lacuna entre a tarefa prescrita e a realizada concretamente pelo trabalhador. Nesse sentido, o trabalho é decente se nele o projeto das tarefas e a organização do trabalho permitem os indivíduos a fazer uso pleno de suas capacidades no desenvolvimento de suas atividades, o que se contrapõe à figura marxiana do trabalhador parcial, que executa uma mesma operação simples durante toda sua vida e transforma seu corpo inteiro num órgão automaticamente unilateral dessa operação (MARX, 2013).

Da perspectiva da cooperação, os autores afirmam que para Dejours o trabalho seria “a atividade coordenada desenvolvida por homens e mulheres quando eles têm que suplementar o que na tarefa produtiva não consegue ser obtido pela estrita aplicação do que a organização do trabalho descreve” (DERANTY; MACMILLAN, 2012, p. 401). A transformação para cooperação efe-

tiva e eficiente requer uma complexa discussão entre os trabalhadores para interpretar diferentes normas e prescrições, além de organizar a realização das tarefas de trabalho. De acordo com esse nível, o TD requer práticas de gerenciamento e formas de organização do trabalho que permitam o debate entre os trabalhadores envolvidos e com seus superiores a fim de estabelecer a melhor forma de atingir eficiência produtiva. O diálogo social não é apenas a negociação coletiva, pois esta atinge apenas os termos e as condições do trabalho. Os trabalhadores devem participar da gestão. Contrariamente, as formas de gerenciamento atuais, como avaliação de desempenho individual e controle total da qualidade, são frequentemente implementadas de forma que destroem a possibilidade de cooperação e contribuem para as patologias do trabalho contemporâneo, muito embora tenham a aparência de conferir uma maior participação e autonomia do trabalhador.

Por fim, de acordo com Deranty e MacMillan, Dejours argui que o trabalho tem um impacto tão expressivo na subjetividade do indivíduo que tem significância não só em termos de desenvolvimento e bem-estar individuais, mas também na vida coletiva, social e política. Nesse nível, o trabalho pode ser também um veículo para a vida democrática. Seu *locus* central é o local de trabalho, onde a democracia deve ser ensinada e colocada em prática. Para tanto, o TD requer um reconhecimento expresso pelas instituições sócio-políticas da importância central do trabalho para a vida coletiva e individual. A campanha do TD da OIT poderia, assim, incluir como parte de seus componentes-chave uma dimensão cultural e educacional com o fim de alertar autoridades e o público geral sobre a importância central das relações de trabalho na vida democrática.

Em um primeiro momento, a questão cultural e educacional pode parecer de menor importância diante das medidas neoliberais contundentes contra os direitos trabalhistas, mas não o é. As consequências da flexibilização das condições de trabalho para o crescimento pessoal e as relações sociais foram bem pontuadas por Sennett (1998): o individualismo, a aceitação da fragmentação da vida profissional (os riscos são incentivados, assim como a alta rotatividade dos postos e a contínua reinvenção), a ausência de comprometimento etc. A essas consequências, o autor bem nomeou de “corrosão do caráter”.

A própria centralidade do trabalho é questionada no capitalismo pós-for-dista, de maneira que se torna urgente a luta contra a **aparente invisibilidade do trabalho**, que, na nova morfologia do trabalho, designa “a expressão fenomênica que encobre a real geração de mais-valor em praticamente todas as

esferas do mundo laboral nas quais ele possa ser realizado” (ANTUNES, 2013). O debate sobre a centralidade do trabalho e o TD pode, nesse sentido, revelar o **envolvimento manipulatório**, “em que o capital busca o consentimento e a adesão dos trabalhadores, no interior das empresas, para viabilizar um projeto que é aquele desenhado e concebido segundo seus fundamentos exclusivos” (ANTUNES, 2013), como forma de alienação ou estranhamento.

De outra parte, pensamos que a discussão sobre o que entra ou não no conceito de trabalho decente não o revela, mas apenas pontua sua abrangência. No entanto, a ausência da definição precisa do TD pode levar a inversões orwellianas³⁵ do seu significado, como foi no caso do Brasil, por ocasião da denominada “reforma trabalhista”. Sem a pretensão de esgotar a reflexão, acreditamos ser possível definir o trabalho decente como aquele que não precariza a condição social da trabalhadora e do trabalhador, pois não permite a sua humilhação, a partir de um paralelo com a construção filosófica de Avishai Margalit (1998) sobre a sociedade decente – aquela cujas instituições não humilham pessoas.

O conceito negativo – não humilhação – seria justificado por razões morais, lógicas e cognitivas: é mais urgente erradicar os males dolorosos do que criar benefícios agradáveis; alguns objetivos podem ser alcançados diretamente, como outros, não; é mais fácil de identificar uma situação de ataque (humilhação), que deva ser coibida, do que uma situação de defesa (respeito), que enseja proteção. Assim, para Margalit, eliminar a humilhação é prioridade em relação a promover o respeito; é um objetivo que pode ser diretamente alcançado; é mais fácil identificar um comportamento de humilhação, que enseja ataque, do que um de respeito, que envolve defesa. E, por essas razões, o autor escolhe o conceito negativo. No conceito positivo, sociedade decente é aquela que concede o respeito por meio de suas instituições para as pessoas sob a sua autoridade.

O conceito negativo é defensável, sobretudo no tocante à defesa de direitos trabalhistas, pois os discursos sobre o conteúdo do direito do trabalho, por vezes, são falaciosos. Por exemplo: à guisa de promover a geração de empregos, flexibilizou-se o estatuto do contrato de trabalho, permitindo-se a intermediação de força de trabalho, mediante o fenômeno da terceirização, e a desregulação do horário de trabalho, por meio do contrato de trabalho intermitente.

35 Bihr (2007) destaca que, como a *Novlangue* de Oceania, no romance 1984 de George Orwell, a linguagem contemporânea parecer-nos inverter o senso do real (“A liberdade é a escravidão”; “A ignorância é a força”).

A contratação do trabalhador por intermédio de um terceiro – terceirização – evidencia, ao mesmo tempo que reforça, o caráter mercantil do trabalho. A terceirização fraciona o mais-valor entre o real empregador e o intermediário, o que significa uma dupla exploração da pessoa trabalhadora. Além disso, ela afasta a figura do trabalhador daquela do empregador e obscurece a relação social do trabalho assalariado sem alterá-la na essência, embora resulte em efeitos no plano normativo, como o deslocamento do tratamento jurídico trabalhista para o civilista, afastando a aplicação do princípio protetor do direito do trabalho.

Além de afastar o trabalhador do seu real empregador, com a dupla apropriação do resultado do trabalho, a terceirização está relacionada a uma série de fatores que agravam a condição da pessoa trabalhadora: redução salarial, dificuldade na execução de créditos trabalhistas, fragmentação da categoria profissional, enfraquecimento dos sindicatos, negativa do reconhecimento da subjetividade do/a trabalhador/a (discriminação do/a terceirizado/a), maior índice de acidentes de trabalho, intensificação do ritmo do trabalho, menor segurança, perda de benefícios, maiores jornadas e maior rotatividade nos postos de trabalho. Por esses motivos, entre outros, a terceirização precariza a relação social do trabalho e não pode ser considerada uma maneira para se promover o trabalho decente, cujo conceito ora se propõe repele o tratamento da pessoa trabalhadora como objeto, máquinas, animal ou subumano.

No que se refere ao contrato de trabalho intermitente, tal condição de trabalho afronta a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), pois a norma jurídica que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial. Este rebaixamento de *status* civilizatório contraria, ao mesmo tempo, a vedação de tratamento desumano (art. 5º, III) e a finalidade constitucional do direito do trabalho da melhoria da condição social do/a trabalhador/a (art. 7º, *caput*).

Nesse sentido, a proibição da humilhação do trabalhador pode ser mais efetiva e contundente no conceito de TD do que a mera abordagem procedimental dos organismos internacionais. Isso não significa refutar os objetivos já enunciados, pois conceito e objetivos não se confundem nem se excluem, antes se complementam. Dada a urgência de se evitar a degradação das condições de trabalho, essa reflexão se faz imperiosa.

Outros filósofos pensam na sociedade por meio de “negativo prescriptivo”. O trabalho de Isaiah Berlin, por exemplo, influenciou bastante o de Avishai Margalit. Isaiah Berlin (2002) utiliza dois conceitos de liberdade – uma noção negativa e outra positiva – e o autor já alertava que

Se minha liberdade ou de minha classe ou nação depende da miséria de um número de outros seres humanos, o sistema que a promove é injusto ou imoral. Mas se eu reduzo ou perco minha liberdade para diminuir a vergonha de tal desigualdade, e não para apenas ampliar a liberdade individual de outros, ocorre uma verdadeira perda de liberdade. Isso pode ser compensado pelo ganho em justiça ou em felicidade ou em paz, mas a perda remanesce, e é uma confusão de valores dizer que embora minha liberdade individual (liberal) possa ser arruinada, algum tipo de liberdade – social ou econômica – é aumentada. No entanto, continua a ser verdade que a liberdade de alguns deva ser abreviada para assegurar a liberdade de outros. [tradução livre]

Assim, a liberdade não é um princípio absoluto e pode sofrer reduções para, por exemplo, reduzir desigualdades. Além disso, para Isaiah Berlin (2002), a liberdade negativa significa “a abstenção de interferência por meio da fronteira mutante, embora sempre reconhecível” e tem prioridade sobre a positiva.

A contribuição de Avishai Margalit é mais contundente, ao introduzir a não humilhação como noção da decência. Se a humilhação consiste em “qualquer tipo de atitude ou condição que constitua uma razão suficiente para que uma pessoa considere seu respeito próprio ferido”, em um sentido normativo, independentemente dos sentimentos da pessoa humilhada ou ainda da intenção de quem comete a humilhação, uma vez que a **ênfase** é nas **razões** por que sentir humilhação como resultado de conduta – ação ou omissão – de outrem, é possível a construção de que **a não humilhação no trabalho decente corresponda à não precarização do trabalho.**

A humilhação pode ser parcialmente explicada como o **tratamento não humano** dispensado ao ser humano das seguintes maneiras: tratando-o como objeto; tratando-o como máquinas; tratando-o como animal; tratando-o como subumano (MARGALIT, 1998). E essas situações devem ser afastadas, proibidas, pelo conceito de trabalho decente, concebido, assim, apenas como forma de resistência. A pessoa trabalhadora não pode ser humilhada, isto é, tratada como objeto, máquinas, animal ou subumano. Em complemento, a humilhação, para Avishai Margalit, é normativa – qualquer tipo de atitude ou condição que constitua uma razão suficiente para que uma pessoa considere seu respeito próprio

(*self-respect*) ferido. Nesse sentido, o trabalho decente tem também o potencial de fazer frente a questões como dano moral, assédio moral, bem como condições de trabalho desfavoráveis à saúde física e mental do trabalhador.

Para o autor, a humilhação pressupõe a humanidade da pessoa humilhada. O comportamento humilhante rejeita o outro como se fosse não humano, mas o ato de rejeição pressupõe que é uma pessoa que está sendo rejeitada, ideia próxima ao par dialético hegeliano do senhor-escravo. O senhor quer absoluto poder sobre o escravo, mas ele também quer que o escravo reconheça seu absoluto poder.

Margalit entende que a decência contém a dignidade, esta como uma representação externa da decência. Dignidade, para o autor, é a expressão do sentimento de respeito que as pessoas reconhecem em si mesmas como seres humanos; constitui o aspecto externo do respeito próprio – atitude que as pessoas têm pelo fato de serem humanas –; consiste nas tendências comportamentais que atestam o fato de que a atitude de alguém em relação a si mesmo seja uma atitude de respeito próprio. Nessa esteira, a humilhação pode ter relação com a violação de direitos, sobretudo os direitos humanos, mas contempla também a violação da dignidade, uma vez que gestos humilhantes violam a dignidade da vítima, como a violação de direitos envolve a diminuição do respeito próprio. Dignidade é, para Margalit, a representação do respeito próprio e não corresponde apenas ao mínimo existencial, corrente comumente adotada no Brasil.

4. LIMITES DO CONCEITO PROPOSTO E A DIGNIDADE COMO ALGO A SER CONSTRUÍDO

É necessário reconhecer os limites do conceito de trabalho decente como aquele em que não se permite a humilhação do trabalhador ou, ainda, a precarização do trabalho, como relação social. O conceito é antes uma defesa e não se presta à emancipação da classe trabalhadora, pelo que se encontra limitado material e historicamente no capitalismo.

Não perdemos de vista que, como ensina Alysson Mascaro (2013), entre a forma política e a forma jurídica, há um vínculo de conformação, que impõe os limites das duas formas de modo a garantir a reprodução do capital. Isso pode ocorrer “na quantidade da política e do direito, nunca na qualidade de estatal ou jurídico”.

O conteúdo do direito não emancipa. Apenas a superação das formas jurídica e política estatal representaria uma real solução para a exploração do

trabalho humano. Ainda assim, é necessária a luta por direitos. Se, por um lado, a luta por direitos pode redundar em reformismo, uma vez que “as lutas dos trabalhadores, engolfadas pela lógica da mercadoria, ao pleitearem aumentos salariais, chancelam a própria reprodução contínua do capitalismo” (MASCARO, 2013), por outro, a urgência da resistência à precarização do trabalho torna a luta pelo direito do trabalho, imprescindível. A decência no trabalho é a necessidade do tempo presente.

Nesse contexto, como bem observou a juíza do trabalho Gabriela Lenz Lacerda, a adoção da Convenção n. 190 (C190) na sessão em que se comemorou os 100 anos da OIT pode indicar a incorporação da noção da não humilhação como fundamental para se pensar o trabalho em termos globais e, quiçá, o próprio TD.

O assédio moral no trabalho constitui um risco não visível, não mensurável e não quantificável, mas concreto e objetivo em suas consequências e violações à saúde, à dignidade, à honra, à imagem, à personalidade (BARRETO, 2003). O assédio moral consiste em condutas abusivas, que, de forma reiterada e sistemática, por meio do constrangimento e humilhação, visa controlar a subjetividade dos trabalhadores. (ARAÚJO, 2007).

Embora a definição dada pela C190 não mencione expressamente a questão da humilhação, a opção pelo conceito ampliado de assédio e violência no mundo do trabalho aponta para uma abordagem ampla da questão que é estrutural na contemporaneidade: a exploração do trabalho a partir de práticas assediadoras como forma de alavancar os lucros.

[...] o assédio moral se apresenta como estratégia de intensificação da extração de mais-valor no modelo de produção capitalista, por meio da extensão das jornadas de trabalho com o excessivo controle e rigor da prestação de trabalho, restrições de intervalos e necessidades básicas, com a intensificação do trabalho pelas humilhações, ameaças de demissão, metas abusivas, sobrecarga de trabalho, altos níveis de pressão por tempo ou ainda perseguições por práticas sindicais ou coletivas. (TELES, 2021, p. 81-82)

A referida convenção reconhece que a violência e o assédio no mundo do trabalho constituem violação a direitos humanos e correspondem a comportamentos e práticas inaceitáveis, ou ameaças disso, em ocorrência única ou repetida, que podem resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos, incluindo a violência e o assédio baseados em gênero e o assédio sexual. O conceito utilizado pela convenção é importante, pois supera o critério

da reiteração para o reconhecimento da violência e do assédio, o que fica condicionado à gravidade da conduta em si.

A norma visa à adoção pelos estados membros de uma organização inclusiva, integrada e com perspectiva de gênero que objetive a prevenção e a eliminação da violência e assédio, não apenas no âmbito legislativo, mas também de políticas públicas (educação, conscientização) e ações concretas (assegurar a fiscalização e investigação). Isso tudo demonstra a mudança da abordagem do assédio, que deixa de focar a precificação da dignidade ou da saúde da pessoa para justamente buscar preservá-las.

A agenda do TD ainda não abarca expressamente a C190, mas torna-se muito difícil conceber o TD que não enfrente a violência e o assédio no mundo do trabalho, ainda que este remanesça explorado. É preciso promover a dignidade.

Alysson Mascaro (2008-a) explica que, para Ernst Bloch, a dignidade é parte da “possibilidade de antecipação” da “utopia concreta”. Trata-se de uma visão otimista sobre o futuro e sobre as possibilidades de avanço da sociedade para além do que já foi manifestado, para o que ainda está inconsciente.

Segundo a linha de reflexão de Bloch, a utopia não é algo fantasioso, simples produto da imaginação, mas possui uma base real, com funções abertas à reestruturação da sociedade, obrigando a militância do sujeito, engajado em mudanças concretas, visando à nova sociedade. Assim, a utopia se torna viável à medida que possui o explícito desejo de ser realizada coletivamente.

A dignidade está então relacionada a um horizonte de luta que não represente apenas resistir, reformar ou reequilibrar, mas também a esperança no futuro melhor. Para além do trabalho decente e dos direitos humanos, pensar a plena dignidade humana é desejar a igualdade não apenas no seu aspecto formal-jurídico, como defende o jusfilósofo Alysson Mascaro (2008-b):

É porque alguém deseja profundamente os direitos humanos que deve desejar com fervor a plena dignidade humana. Quem deseja a igualdade não pode dela desgostar apenas no que tange ao seu aspecto formal-jurídico. É preciso gostar de sonhar que, em algum dia, os seres humanos terão condições econômicas, sociais e culturais similares. O capitalismo não comporta a plena dignidade humana. A dignidade, que os direitos humanos exprimem e buscam consolidar, é maior do que o próprio horizonte jurídico dos direitos humanos. Fomos bárbaros; hoje somos formalmente civilizados; amanhã, num mundo fraterno e socialista, seremos plenamente humanidade.

Resistir é importante, mas não devemos perder de vista as possibilidades do futuro.

5. CONCLUSÃO

O trabalho decente tem sido mencionado nos tratados internacionais no período pós-II Guerra Mundial e pressupõe o trabalho assalariado, situando-se, portanto, nos limites do modo de produção capitalista e de sua forma jurídica. No entanto, não há construção teórica sobre seu conceito, uma vez que as organizações internacionais (OIT e ONU) formulam-no de maneira procedimental, sem considerar o conteúdo e a organização do trabalho. Dessa forma, a construção teórica a partir do que se supõe ser o trabalho decente ainda é frágil; embora aparentemente passe a dar conta de questões importantes como, por exemplo, da violência e do assédio no trabalho; e se reproduz em todas as ações promovidas sob a forma de agenda, metas etc. Por fim, no Brasil, o problema é agravado, uma vez que a agenda do trabalho decente se relaciona com o trabalho produtivo e o chamado 'mínimo existencial'. Diante desse quadro, são lançadas algumas reflexões, em especial um conceito possível de TD para a defesa do destinatário do direito ao trabalho decente, a pessoa trabalhadora. Ao debate.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências: informalidade, infoproletariado, (i)materialidade e valor. *In*: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil II**. São Paulo: Boitempo, 2013.

ARAÚJO, Adriane Reis de. Assédio moral organizacional. **Rev. TST**, Brasília, v. 73, n. 2, abr./jun. 2007.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde e trabalho**: uma jornada de humilhações. São Paulo: EDUC, 2003.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. *In*: BERLIN, Isaiah; HARDY, Henry. **Liberty**: incorporating "four essays on liberty". Oxford: Oxford University Press, 2002.

BIHR, Alain. **La novlangue néolibérale**: la rhétorique du fétichisme capitaliste. Suíça: Page Deux, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. Trad. Heliete Karam e Júlia Abrahão. **Revista Produção**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, set./dez. 2004, p. 33-34. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65132004000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2015.

DERANTY, Jean-Philippe; MACMILLAN, Craig. The ILO's decent work initiative: suggestions for an extension of the notion of "decent work". **Journal of Social Philosophy**, v. 43, n. 4, p. 386-405, 2012.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. Trad. Paulo Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. **The three worlds of welfare capitalism**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

FERRITO, Bárbara M. R. S. **Direito e desigualdade**: uma análise da discriminação das mulheres no mercado de trabalho. São Paulo: LTr, 2021.

GHAI, Dharam (org.). **Decent work**: objectives and strategies. Genebra: International Institute for Labour Studies, International Labour Organization, 2006.

HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

KANT, Immanuel. Primeira parte – primeiros princípios metafísicos da doutrina. In: KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins. São Paulo: Universitária São Francisco, 2013.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da igualdade jurídica**: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAEDA, Patrícia. **A era dos zero direitos**: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: LTr, 2017.

MARGALIT, Avishai. **The decent society**. Trad. Naomi Goldblum. Cambridge/MA: Harvard University Press, 1998.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Utopia e direito**: Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008-a.

MASCARO, Alysson Leandro. Os direitos humanos e a dignidade humana. **Revista MPD Dialógico**, São Paulo, Movimento do Ministério Público Democrático, ano V, n. 21, 2008-b.

NAVES, Marcos Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Un travail decent**: rapport du directeur général. Conférence Internationale du Travail. Genebra: OIT, 1999.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

RODGERS, Gerry. The goal of decent work. **IDS Bulletin**, v. 39, n. 2, Genebra: Institute of Development Studies, 2008.

SAAD FILHO, Alfredo. **O valor de Marx**. Campinas: Unicamp, 2011.

SENNETT, Richard. **The corrosion of character**: The personal consequences of work in the new capitalism. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1998.

SOARES, Angelo (Org.). **Stratégies de résistance et travail des femmes**. Montreal: Harmattan, 1997.

SOMAVIA, Juan. L'Agenda pour le travail décent de l'OIT en tant qu'aspiration des personnes: l'insertion des valeurs et de l'éthique dans l'économie globale. In: PECCOUD, Dominique (org.). **Le travail décent**: points de vue philosophiques et spirituels. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2004.

TAPIOLA, Kari. Préface. In: PECCOUD, Dominique (Org.). **Le travail décent**: points de vue philosophiques et spirituels. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2004.

TELES, Gabriela Caramuru. Extração de mais-valor e "trabalho decente" nas técnicas de assédio moral do capitalismo. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (Org.). **Assédio moral e sexual no trabalho**: comentários à convenção n. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Belo Horizonte: Ed. IEPREV, 2021.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

Volume 1

DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E RELAÇÕES DE TRABALHO

Atendendo ao mister de produzir pesquisa jurídica voltada à formação e ao aperfeiçoamento das magistradas e dos magistrados responsáveis pela efetividade da Justiça Social, a Enamat traz à lume artigos jurídicos compromissados com o resguardo aos direitos antidiscriminatórios, ao meio ambiente de trabalho decente e sustentável, ao fomento às organizações coletivas estamentais dialetizadas pelo valor trabalho, à potencialização de procedimentos jurisdicionais vocacionados à efetividade dos direitos humanos, e à dinamização dos compromissos constitucionais de ordem fundamental sustentados nos direitos humanos sociais.

Ministro Mauricio Godinho Delgado, Diretor da ENAMAT



COLEÇÃO
ESTUDOS
ENAMAT

