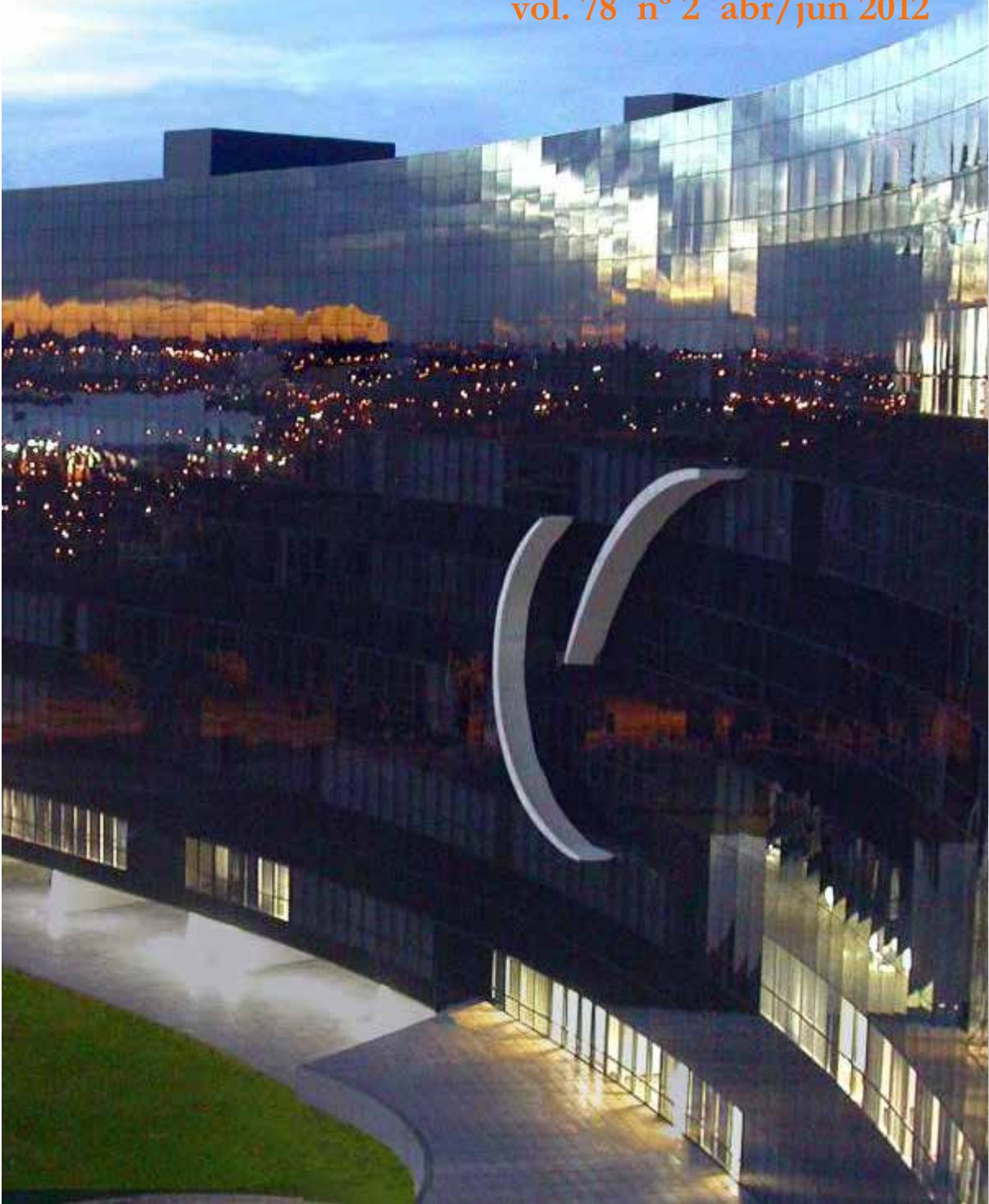


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 78 n° 2 abr/jun 2012



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro João Oreste Dalazen
Presidente

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Vice-Presidente

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

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

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Ministra Maria de Assis Calsing *(suplente)*

Comissão de Documentação

Ano 78 – nº 2 – abr. a jun. – 2012

LEX MAGISTER
PRODUTOS JURÍDICOS

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

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

Editoração Eletrônica: Editora Magister

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

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-6000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

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

Órgão Especial

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

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

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

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

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

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

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do Tribunal

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Vice-Presidente do Tribunal

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

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (Licenciado – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Desembargador José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Convocado)

Segunda Turma

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente (art. 80, RITST)

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Desembargadora Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira (Convocada)

Quarta Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Desembargador Flávio Portinho Sirangelo (Convocado)

Sétima Turma

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Presidente

Ministro Pedro Paulo Teixeira Manus

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Oitava Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente (Licenciado – Membro do CNJ)

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

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria (Convocada)

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



JOÃO ORESTE DALAZEN
Presidente



CRISTINA PEDUZZI
Vice-Presidente



BARROS LEVENHAGEN
Corregedor-Geral



CARLOS ALBERTO



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA DE ASSIS
CALSING



DORA COSTA



PEDRO PAULO MANUS



FERNANDO EIZO ONO



GUILHERME
CAPUTO BASTOS



MARCIO EURICO
VITRAL AMARO



WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA



MAURÍCIO GÓDINHO
DELGADO



KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA



AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO



JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA



DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES

Sumário

DOCTRINAS

1. Pronunciamento do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, por ocasião da abertura do Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo..... 17
2. Substituição processual sindical e efetividade dos direitos fundamentais sociais: uma visão prospectiva
Adriana Campos de Souza Freire Pimenta..... 24
3. A Convenção 87 da OIT no Direito Brasileiro: caminho para sua vigência a partir da Constituição de 1988
Cristiano Paixão 42
4. A indenização do dano moral doméstico
Fernanda dos Santos Nunes..... 56
5. O direito de greve do servidor público como direito fundamental na perspectiva da Constituição Federal de 1988
Ingo Wolfgang Sarlet..... 72
6. Organização sindical: pluralidade e unicidade. Fontes de Custeio
José Carlos Arouca 84
7. Liberdade sindical no Brasil: desafios e possibilidades
José Francisco Siqueira Neto 97
8. Os padrões internacionais do trabalho diante do fenômeno da globalização: novo enfoque para as reformas trabalhista e sindical no Brasil
Maria Cristina Mattioli..... 107
9. Liberdade sindical e trabalho decente
Mario Ackerman..... 141
10. A leitura principiológica do Direito do Trabalho na nova hermenêutica constitucional: uma análise de colisão de valores frente à Súmula nº 331 do TST
Norma Sueli Padilha..... 153
11. Relação de emprego: o mesmo e *novo conceito*
Paulo Merçon..... 182

12. O Direito do Trabalho no século XXI: em busca de uma nova estruturação <i>Paulo Roberto Lemgruber Ebert</i>	209
13. Direitos coletivos e direitos fundamentais: o diálogo das fontes e a função promocional do Direito <i>Tereza Aparecida Asta Gemignani</i>	239

NOTAS E COMENTÁRIOS

Justiça do Trabalho expõe seus programas de sustentabilidade na Rio+20.....	251
TST promove Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo	252
Aposentadoria do Ministro Milton de Moura França	253
Aposentadoria do Ministro Horácio Senna Pires	253
Indicação de novos ministros para o TST	254

Doutrina

**PRONUNCIAMENTO DO EXMO. SR.
PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO E DO CONSELHO SUPERIOR
DA JUSTIÇA DO TRABALHO, MINISTRO
JOÃO ORESTE DALAZEN, POR OCASIÃO DA
ABERTURA DO SEMINÁRIO LIBERDADE
SINDICAL E OS NOVOS RUMOS DO
SINDICALISMO**

Excelentíssimo Senhor Presidente do STF, eminente Ministro Carlos Ayres Britto;

Excelentíssimos Senhores Ministros do TST, de ontem, de hoje e de sempre!

Exmo. Sr. Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Luiz Antônio Camargo, em cujo nome saúdo todos os membros do Ministério Público aqui presentes!

Exmo. Sr. Vice-Presidente do Conselho Federal da OAB, em cujo nome saúdo todos os advogados aqui presentes!

Senhores Desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho!

Senhores membros da delegação da OIT, a quem peço licença para cumprimentar e saudar na pessoa da Dr^a Cleopatra Doumbia-Henry, Diretora do Departamento de Normas da OIT;

Ilustre Dr^a Laís Abramo, Diretora do Escritório da OIT no Brasil e neste ato representando o Diretor-Geral!

Eminente Professor Mário Ackerman, conferencista desta noite, em nome de quem cumprimento todos os professores aqui presentes;

Senhores juízes, sindicalistas, empresários, acadêmicos! Servidores e servidoras!

Senhoras e senhores!

DOCTRINA

Neste aprazível anoitecer de outono do planalto central brasileiro, tenho a honra e o intenso júbilo de dar início ao presente Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Saúdo efusivamente todos os participantes e transmito-lhes as mais calorosas boas-vindas, augurando que possamos realizar um debate maduro, sereno e profícuo.

Asseguro, para logo, que se trata de um esforço bem intencionado que desenvolvemos com vistas ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro no que tange às relações de trabalho.

A um momento em que, acolhendo convocação da OIT, a obtenção de “Trabalho Decente” erige-se em obrigação central e dever ético de cada nação, penso que é imperativo avaliar o exercício da liberdade sindical em nosso País, com especialistas nacionais e estrangeiros.

Recorde-se que a Organização Internacional do Trabalho, como resposta ao desafio de prover um trabalho decente e segurança social para todos, e objetivando “proteger e fomentar o respeito aos direitos básicos dos trabalhadores”, aprovou, em 1998, uma Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, já consagrados em oito Convenções, princípios esses dentre os quais desponta primeiro a liberdade de associação, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva.

De intuitiva percepção que a liberdade sindical, no mundo do trabalho, é direito fundamental porque determina todos os demais direitos trabalhistas.

Sabemos que o Direito do Trabalho deve muito, se não tudo, de sua origem e fortalecimento, à formação dos sindicatos, organizações absolutamente essenciais e indispensáveis no sistema capitalista.

A delicada relação entre Capital e Trabalho, conflituosa por vocação e não por acidente, revela-se pela aproximação de contratantes em situação de expressiva diferença. O poder econômico de que dispõe o empregador, como titular dos elementos da produção, contrasta com a inexistência de poderes atribuídos ao empregado. Um verdadeiro abismo há entre os sujeitos da relação de emprego, nesta que constitui, senão a mais importante, a mais comum relação jurídica da economia capitalista.

Curiosamente, a imposição do regime jurídico de trabalho subordinado impulsionou o surgimento dos sindicatos. Isto porque as relações de trabalho, sobretudo outrora, mostravam-se prevalentemente coletivas. Daí que um em-

DOUTRINA

pregador arregimentava um grupo de trabalhadores, trabalhadores que, para o exercício de seu mister contratual, aproximavam-se, reuniam-se e agregavam-se.

Desta coesão nasciam as ideias, a reflexão e a reação por melhores condições de trabalho. Foi o labor subordinado, no espaço coletivo das fábricas, das minas, das oficinas, que propiciou a eclosão dos sindicatos.

Forçoso convir, no entanto, que hoje esse panorama frequentemente já não é mais assim, porque, não raro, a empresa é quase deserta de homens e, pois, não favorece a eclosão dos laços de solidariedade que são o gérmen do sindicalismo.

A verdade é que a nova configuração das relações sociais no ambiente pós-moderno não incentiva o aprofundamento dos laços de solidariedade, nem patrocina a união entre os povos. O escasseamento dos bens da vida, disputados, agora, em arena de dimensões mundiais, estimula o contrário: o sectarismo, o egoísmo e o isolamento. Não parece difícil apreender que também este fenômeno desborde para influenciar o enfraquecimento dos sindicatos.

Some-se a esse aspecto a circunstância particular de que, no Brasil, a evolução histórica demonstra um vínculo profundo das entidades sindicais ao Estado. Sobretudo até a Constituição Federal de 1988, subordinavam-se a evidente controle e até mesmo aliciamento pelas forças oficiais do Estado. Gravitavam ao redor do Estado, do nascimento à extinção, compondo uma estrutura tipicamente de inspiração corporativista, adotada pela Constituição Federal outorgada de 1937, então inspirada na Carta del Lavoro italiana, fascista, de 1927, no plano econômico e social.

A Constituição Federal de 1988, é certo, trouxe um modesto avanço na organização do sindicalismo brasileiro.

Houve avanço ao reconhecer a legitimidade extraordinária dos sindicatos para, como substitutos processuais, postularem em juízo na “defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria”. Vale dizer: para defenderem em juízo, em nome próprio, direitos trabalhistas de origem comum dos trabalhadores representados.

Houve avanço ao consagrar uma relativa liberdade sindical: vedou-se o controle do Estado na criação dos sindicatos (art. 8º, inciso I), assegurou-se a liberdade de filiação e, conseqüentemente, de desfiliação (art. 8º, inciso V) e tornou-se obrigatória a participação do sindicato na negociação coletiva, instrumento imprescindível e notável de evolução da condição social dos trabalhadores.

DOCTRINA

Injunções políticas, contudo, levaram a Assembleia Constituinte de 1988 a manter no sistema sindical do país três características que não nos permitem afirmar que desfrutamos de um modelo democrático de plena liberdade sindical, como seria desejável.

Manteve-se a exclusividade de representação do sindicato por categoria.

Manteve-se a unicidade sindical: é vedada a criação de mais de uma organização sindical, na mesma base territorial. Vê-se que a garantia constitucional de livre associação abate-se mitigada e frágil, diante da restrição de criação de mais de um sindicato por base territorial, para a categoria.

Manteve-se igualmente o custeio obrigatório de entidades sindicais de empregados e de empregadores pela contribuição sindical, fruto de descontos compulsórios dos empregados e das empresas, contribuição sindical essa, aliás, recebida do Estado sem exigência de prestação de contas.

Pior ainda: lei posterior assegurou às centrais sindicais, desde 2008, a partilha entre si de parte da bilionária receita anual da contribuição sindical, partilha essa que é proporcional ao número de entidades sindicais filiadas.

E qual o cenário que emerge de tal organização sindical brasileira, transcorridos já vinte e quatro anos da promulgação da Constituição Federal de 1988?

É fato objetivo e incontestado que o atual sistema conduziu à criação oficial de milhares de sindicatos: contamos mais de 14.000 sindicatos no País. Com honrosas exceções, a maioria composta de sindicatos de pouca ou nenhuma representação.

Ninguém ousa negar que temos milhares de sindicatos inexpressivos de empregados e de empresas, em larga medida, em virtude do monopólio da representação sindical e da receita fácil da contribuição sindical obrigatória. Parece inegável também que contribuiu para intensificar essa proliferação de sindicatos a já aludida partilha da contribuição sindical pelas centrais, a partir de 2008, proporcional ao número de entidades sindicais filiadas.

De outro lado, assistimos igualmente a um cenário de crise de representatividade dos trabalhadores e das empresas, que, muitas vezes, não obtêm dos sindicatos os serviços que deles se esperam e, por isso, não se sentem representados.

Agravam esse cenário o sistema de unicidade sindical e a rígida e engessada organização por categoria, que não ensejam ao cidadão trabalhador a liberdade de opção pela melhor representação, ou a criação de sindicato por empresa, ou por profissão.

D O U T R I N A

A rigor, desafortunadamente exibimos um sistema sindical que, além de arcaico, apresenta-se contraditório e ambíguo.

Será lógico adotar oficialmente a unicidade sindical e, na prática, permitir a pluralidade sindical, com sindicatos pulverizados ou atomizados em milhares de entidades de pouca ou nenhuma representação?

Não há algo de equivocado e de pouco razoável num sistema que adota pluralidade sindical de fato e unicidade de direito?

É lógico adotar a unicidade sindical e reconhecer mais de meia dúzia de centrais sindicais livremente criadas pelos nossos sindicalistas?

Houvesse congruência na adoção do princípio da unicidade sindical, rigorosamente, não deveríamos contar com apenas uma central sindical?

Note-se, neste passo, que a própria Constituição da República reflete ambiguidade ao conceder liberdade sindical com uma mão e retirá-la com a outra. De um lado, assegura que ninguém é obrigado a associar-se ou deixar de se associar; de outro, deixa patente que a opção é apenas entre associar-se ao sindicato único, ou a ele não se associar.

A Justiça do Trabalho e, portanto, a sociedade brasileira, sentem-se sobremodo impactadas pelo sistema sindical brasileiro.

À falta de sindicatos representativos ainda não conseguimos aperfeiçoar o nosso sistema de regulação das relações individuais de trabalho, em que largamente prepondera o intervencionismo estatal de uma legislação detalhista e rígida, que cede pouco espaço à negociação entre os interlocutores sociais.

O reflexo disso é o crescente aumento da conflituosidade na órbita trabalhista, ao ponto de a Justiça do Trabalho haver recebido, apenas em 2011, 2.140.000 novas ações.

Semelhante quadro parece sugerir e clamar, a toda evidência, que deveríamos encetar todos os esforços ao nosso alcance para ver implantado em nossa sociedade um sindicalismo forte, democrático, combativo e cidadão.

Um sindicalismo que nos permitisse desenvolver um novo modelo de relações de trabalho, em que, sem prejuízo do indispensável dirigismo estatal para manter os princípios e normas que compõem as vigas mestras tutelares do Direito do Trabalho, o intervencionismo fosse menos intenso e muito mais ampla a autorregulação pelo exercício da autonomia privada coletiva dos sindicatos.

Senhoras e Senhores!

DOCTRINA

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, buscando a reafirmação da democracia no mundo do trabalho, elevou a liberdade sindical à dignidade de verdadeiro pilar do universo laboral moderno.

As linhas básicas consagradas pela Convenção 87, adotada pela Conferência Geral da OIT, em 1948, delineiam e delimitam o exercício da prática sindical sob o apanágio da mais autêntica e ampla liberdade. Diga-se aí: liberdade de formação, de associação e de atuação. Em nada, e para nada, tolera-se qualquer limite ao exercício profundo da liberdade.

Relembremos aqui a lição de Miguel de Cervantes, para gizar a importância dessa garantia:

“A liberdade é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve aventurar-se a nossa vida.”

Ultrapassados sessenta e quatro anos da adoção da Convenção 87, 151 países ratificaram-na, dentre os 183 Estados membros da OIT. O Brasil, como sabemos, figura entre os poucos Estados que não a ratificaram.

O exponencial número de ratificações da Convenção 87, contudo, sugere que esse é o primeiro e inarredável passo para que possamos implantar um modelo de sindicalismo espontâneo, independente e desvinculado do Estado.

Investigar e debater as inúmeras e instigantes questões que permeiam o tema constitui o objetivo central deste Seminário.

É viável a ratificação da Convenção 87 sem emenda constitucional? Convém-nos persistir no sistema de unicidade ou, a exemplo do direito comparado, consagrar de vez a pluralidade sindical para chegar à unidade? Que fontes de custeio devem – se é que devem – substituir a contribuição sindical? A contribuição negocial fixada livremente em assembleia é um sucedâneo válido para a contribuição sindical, como prevê a Lei? É razoável a criação crescente e demasiada de sindicatos sob o estímulo de sobrevivência à custa da contribuição sindical? Quais os limites do direito de greve e do direito à negociação coletiva no serviço público? Quais as principais formas de proteção contra condutas antissindicais?

Senhoras e senhores!

O Seminário que ora se inicia busca dar resposta para estas e tantas outras questões importantes, tormentosas e atormentadoras. Espero que dele

D O U T R I N A

resulte rica discussão e cooperação para superarmos a crônica ineficiência do sindicalismo brasileiro, salvo pontuais e honrosas exceções.

Afinal, o que todos almejamos é modernizar e fortalecer os sindicatos brasileiros, pois eles podem ser corresponsáveis pelo progresso social e concorrer decisivamente para o bom desempenho da economia.

Que fique expresso e indubitável o nosso apreço pelos sindicatos, mesmo porque não há exemplo de economia capitalista bem-sucedida no mundo ocidental sem a participação de sindicatos fortes e representativos.

Para tanto, todavia, penso que cumpriria não perder de vista a admoestação de George Bernard Shaw:

“Liberdade significa responsabilidade. É por isso que tanta gente tem medo dela.”

Não podemos e não devemos ter medo da liberdade. O aparato estatal não colheria qualquer razão de existência, não fora sua finalidade central de garantir as liberdades. Dentre elas, a sindical.

Norberto Bobbio disse que os direitos humanos já estavam declarados; necessário seria garanti-los.

No Brasil, impressiona a magnitude das violações aos direitos humanos e, na esfera sindical, falta-nos até mesmo garantir na plenitude um dos direitos humanos primaciais e centrais: a liberdade sindical.

De qualquer modo, já se disse, “enquanto há vida, há esperança”. Não podemos jamais arrefecer o ânimo.

Ao declarar aberto este Seminário, renovo a minha profissão de fé e de esperança nos homens e, em especial, na busca do aprimoramento de nossas instituições.

Bem sabemos que a agenda que ora se inicia é complicada e controversa, mas é imperativa e não cala.

Saúdo este benfazejo e feliz momento em que nos reunimos para promover o estudo, o aprofundamento e o debate qualificado e que certamente poderá trazer novas luzes em nossa espinhosa caminhada.

Auguro a todos os mais de 1.800 inscritos o melhor proveito no Seminário e desde logo agradeço a todos cuja valiosa participação e colaboração permitiu a realização deste evento!

Muito obrigado!

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SINDICAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA VISÃO PROSPECTIVA

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta*

I – INTRODUÇÃO

O art. 8º, III, da Constituição Federal de 1988¹ ocupa posição de destaque, ao possibilitar que o sindicato, na condição de substituto processual, ajuíze ações em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da categoria (e seus membros) que representa.

A partir de referido dispositivo constitucional, o instituto da substituição processual foi ampliado de forma ímpar e sem necessidade de norma infraconstitucional regulamentadora específica.

A defesa desses direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos – direitos metaindividuais² – pelo sindicato busca transformar uma igualdade

* Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região; titular da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano (MG); juíza auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho; especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie (SP); mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie (SP).

1 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

2 São os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos definidos pelo Código de Proteção do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – em seu art. 81, parágrafo único, *in verbis*:

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

processual apenas formal em uma igualdade real, importando num instrumento de *democratização* do acesso à justiça, na medida em que o sindicato não sofre as pressões dos empregadores, infelizmente, ainda comuns nas ações individuais.

Sem dúvida, trata-se de um enorme avanço e sobre ele já tivemos a oportunidade de escrever³.

Contudo, no presente trabalho pretendemos ir além dos contornos jurídicos do instituto da substituição processual sindical veiculado através do art. 8º, III, da CF/88.

Nossas reflexões serão sobre o seu uso concreto por um sindicato atuante, inclusive na seara jurisdicional, buscando a efetividade dos direitos fundamentais sociais insculpidos no art. 7º da CF/88 e terminando por reforçar o princípio constitucional da liberdade sindical e por fortalecer os laços entre ele e a categoria que representa. Enfim, contribuindo para aumentar o baixo índice de cumprimento espontâneo, pelos empregadores, das normas constitucionais e legais que consagram os direitos sociais, desafogando, assim, a Justiça do Trabalho.

Exatamente por ser baixo o índice de adequação dos empregadores à legislação protetiva trabalhista, a atuação que se tem exigido do sindicato é, na maioria das vezes, judicial.

Lado outro, o grande número de reclamações trabalhistas bastante semelhantes, decorrentes de lesões praticadas em massa pelos empregadores, contribui para assoberbar o Poder Judiciário, muitas vezes desnecessariamente, pois uma única ação em que se evidenciasse e se sancionasse a lesão a interesses metaindividuais, fossem eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos, seria suficiente e mais eficaz.

Portanto, quanto mais ampliativa for a interpretação dada ao instituto da substituição processual e quanto mais se reforçar e se utilizar o processo coletivo⁴, mais rapidamente restarão concretizados os princípios constitucionais da efetividade da tutela jurisdicional e da duração razoável do processo⁵.

3 PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

4 O processo coletivo é entendido como aquele estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação esparsa, visando à tutela dos direitos metaindividuais, assim entendidos aqueles difusos, coletivos em sentido estrito e/ou individuais homogêneos.

5 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

II – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SINDICAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodolfo de Camargo Mancuso⁶ destaca a importância do processo coletivo na Justiça do Trabalho, ressaltando que é nela que “se contrapõem as grandes massas de interesses que relevam do capital e do trabalho (categorias patronal e laboral), conflitos esses que hoje vão se exacerbando na medida em que a sociedade vai se massificando e o mundo vai se globalizando”.

Quando tratamos de processo coletivo, o que buscamos é uma efetividade maior, na qual sejam proferidas decisões com uma carga maior de efetividade, atingindo-se toda uma comunidade, uma categoria ou um número expressivo de trabalhadores (no caso da Justiça do Trabalho).

Isso porque a efetividade dos direitos fundamentais pressupõe uma mudança de paradigma, pois o direito individual de ação, que inegavelmente teve sua importância como marco da teoria processual individualista do século XIX, não foi suficiente para assegurá-la.

A noção de direitos fundamentais também evoluiu desde o século XIX.

Inicialmente, os direitos identificados como fundamentais foram apenas aqueles atinentes aos direitos civis e políticos do indivíduo, exigíveis do Estado.

Contudo, a questão foi evoluindo e a definição de direitos fundamentais ganhando novos contornos, na medida em que a sociedade contemporânea foi se alterando⁷.

Gilberto Bercovici⁸ pondera que:

“constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial têm algumas características comuns, particularmente, a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos chamados direitos sociais, ou direitos de prestação: direitos ligados ao princípio da igualdade material que dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos. Estas novas Constituições consistem em uma

6 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007, p. 74.

7 Sobre o tema, consultar: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 514-531.

8 BERCOVICI, Gilberto. “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *et alii*. (coords.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 30.

tentativa de estabelecer uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, a família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são consideradas fundamentos do novo ‘constitucionalismo social’ que estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.”

E acrescenta, no mesmo artigo, que a partir das Constituições de Weimar e da Constituição do México de 1917 a principal característica das constituições do século XX “passa a ser o seu caráter diretivo ou programático, que incorpora conteúdos de política econômica e social”.

A sociedade dos séculos XX e XXI, uma sociedade de massas, apresenta um número muito maior de conflitos, muitas vezes idênticos, como já ponderamos neste e em outros textos⁹, sendo que torna-se essencial para a funcionalidade de seu sistema judicial e mesmo constitucionalmente desejável resolver vários deles de uma só vez, numa só ação, através da atuação dos entes legitimados para tanto¹⁰.

Ada Pellegrini Grinover¹¹ é enfática neste sentido, pugnando pela:

“necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal. E tudo, ainda, dentro da ideia maior, já esboçada há mais de três décadas, segundo a qual a chamada crise do Direito talvez apenas encobrisse ‘a dificuldade de dominar com categorias jurídicas

9 Sobre o tema, vide textos nossos: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical, op. cit.*, p. 21-31;

_____. “Proteção coletiva aos direitos trabalhistas”. In: *Revista Trabalhista* (Rio de Janeiro), v. 35, p. 72-86, 2010; e

_____. “Substituição processual sindical e o meio ambiente de trabalho”. In: *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 75, p. 827-835, 2011.

10 Além dos sindicatos mencionados pela Constituição Democrática de 1988, em seu art. 8º, III, ao Ministério Público, sabidamente um Órgão do Estado, também se atribui legitimidade para defender em juízo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por força dos seus arts. 127 e 129.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da defesa do consumidor em juízo”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p.705.

DOCTRINA

substancialmente pré-capitalistas a fenomenologia de uma sociedade industrial’.”

Nesse contexto os sindicatos têm um papel fundamental a desempenhar, como afirma Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *in verbis*¹²:

“Ao contrário, portanto, do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, autarquias, empresas públicas, bem como outras pessoas jurídicas definidas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 os sindicatos estão situados, ao lado das associações civis e dos partidos políticos, como representantes naturais da sociedade civil; construídos e formados por cidadãos, atuam concretamente em defesa dos direitos da coletividade respondendo por seus atos de forma direta sem maiores entraves ou mesmo dificuldades impostas pelo ordenamento jurídico em vigor. É bem mais simples para o cidadão fiscalizar os atos realizados por sua associação civil ou mesmo sindicato do que fiscalizar se a União ou até mesmo o Ministério Público estão defendendo concretamente direitos que são violados no dia a dia por pessoas físicas e jurídicas e, particularmente, pelas pessoas jurídicas de Direito Público.

Uma sociedade civil mais bem organizada e participativa, como ensina Kazuo Watanabe, não poderia estar privada do instrumental adequado à defesa de seus interesses.”

O processo deve se prestar, em última análise, a assegurar efetividade ao direito material, mormente em sede de Direito Processual do Trabalho, no qual os créditos em discussão têm natureza eminentemente alimentar.

Contudo, o entendimento inicialmente majoritário do Tribunal Superior do Trabalho foi bastante restritivo em relação à substituição processual sindical, limitando muito o instituto e a possibilidade de sua utilização para a tutela de direitos metaindividuais, mormente dos individuais homogêneos, através da Súmula nº 310 (antes Enunciado), que, em boa hora, portanto, foi revogada, em 2003, em razão de reiterados julgamentos em sentido contrário ao seu conteúdo pelo Supremo Tribunal Federal:

“Nº 310. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO (cancelamento mantido) – Res. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03 e republicada DJ 25.11.03.

12 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 40-48.

D O U T R I N A

I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.79, e 7.238, de 29.10.84, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.89, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/89.

III – A Lei nº 7.788/89, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV – A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.90, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. Histórico: Súmula cancelada – Res. 119/03, DJ 01.10.03. Redação original – Res. 1/93, DJ 06, 10 e 12.05.93.”

A jurisprudência alterou-se, culminando com o julgamento do RE 210.029, publicado em 16.11.05, tendo como Relator o Ministro Carlos Mário Velloso e Relator final o Ministro Joaquim Barbosa, através do qual o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe interpretar em última instância a Constituição, assim entendeu:

“PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCES-

SUAL. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS OU INDIVIDUAIS.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam.

Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores.

Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

Recurso conhecido e provido.”

O art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), já citado, define os direitos metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como nos ensina Gianpaolo Poggio Smanio, “o que determina a natureza do Direito é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação judicial, ou seja, o tipo de pretensão deduzida em juízo”¹³.

Em todas as lesões a direitos (ou interesses) metaindividuais, podemos vislumbrar uma lesão à categoria (e, nessa ótica, o interesse é indivisível e sua lesão fere a todos que se encontrarem vinculados ao ofensor), aos empregados individualmente considerados ou até a toda a comunidade de possíveis trabalhadores que venham a pactuar com aquele empregador.

Isso se daria, por exemplo, na hipótese do empregador não garantir um meio ambiente salubre de trabalho, de exigir, sempre, horas extras além do limite legal de quem fosse seu empregado ou de descumprir reiteradamente normas coletivas de trabalho que beneficiem, individualmente, todos os seus empregados.

Enfocado o problema sob o ponto de vista dos empregados lesados, os direitos tuteláveis seriam individuais homogêneos; em relação à categoria profissional, seriam coletivos e, considerando que qualquer pessoa que viesse a trabalhar para ele estaria sujeita a tais condições de trabalho, o melhor conceito com que se trabalhar seria o de interesse (ou direito) difuso.

Embora o art. 8º, III, da CF/88 não fale em direitos difusos, a aplicação dos arts. 21 da Lei nº 7.347/85 e 81 e 82 da Lei nº 8.078/90¹⁴ c/c o art. 769 da

13 SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.

14 “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

CLT permite, sem dúvida, ao sindicato atuar na defesa desses interesses (ou direitos), em favor de potenciais trabalhadores.

Em tais casos, o pedido, geralmente, é do deferimento de tutelas inibitórias.

A tutela inibitória, como se sabe, pode ser pedida individual ou coletivamente e sua necessidade surge naquelas hipóteses em que é preciso fazer cessar o ato ilícito, se ele já ocorreu ou, preventivamente, impedir que ocorra.

Há situações em que a mera sentença declaratória é insuficiente (declarar simplesmente que não pode fazer ou que pode fazer). Ao mesmo tempo, aqui não estamos tratando de ressarcimento e, sim, de impedir a prática de um ato, o que resulta, também, na insuficiência da sentença condenatória.

A concessão da tutela inibitória vai além da mera proibição: proíbe a prática do ilícito e utiliza das medidas legais para garantir a eficácia dessa proibição.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que é perfeitamente cabível essa espécie de tutela no plano coletivo, a partir do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e menciona também o art. 461 do Código de Processo Civil (com redação bastante semelhante ao citado art. 84 do Código de Proteção ao Consumidor)¹⁵:

“A tutela inibitória coletiva pura tem sido utilizada com certa frequência, sendo significativo o seu uso nas ações que, visando à proteção do meio ambiente, impedem, v.g., que uma fábrica que ameaça o meio ambiente inicie as suas atividades.”

As tutelas inibitórias são de utilidade incontestável, na medida em que proporcionam ao lesado – no nosso caso, ao trabalhador – o recebimento do bem da vida a que faz jus e não apenas a monetização do referido bem, ou seja, proporcionam a tutela específica desse direito.

A propósito, Guilherme Guimarães Feliciano¹⁶, *in verbis*:

“Mais recentemente, a reboque dos novos ares pós-positivistas e, sobretudo, da atuação do Ministério Público do Trabalho em seara de tutela judicial coletiva, encorpou-se paulatinamente um movimento de retorno às soluções judiciais não monetizantes – notadamente aquelas providas por tutelas inibitórias e de remoção de ilícito –, que indubitavelmente melhor atendem tanto ao escopo contemporâneo da função

15 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998, p. 78-79.

16 FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Tutela inibitória em matéria labor-ambiental”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol. 77. n. 4, out./dez. 2011. São Paulo, Lex Magister, p. 140-161.

jurisdicional (função de tutela) como ainda, em relação às questões labor-ambientais, o próprio perfil ontológico do bem da vida em crise.”

Não cabe aqui, no entanto, tratar minuciosamente da casuística processual que diz respeito à concessão desse tipo de tutela, pois isso escaparia ao tema central deste estudo.

Contudo, quando se fala em substituição processual como forma de se assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, é necessário destacarmos alguns pontos indispensáveis para que o instituto funcione da maneira mais ampliativa possível, em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal retrocitada e com o próprio cancelamento da Súmula nº 310 do Tribunal Superior do Trabalho.

Inicialmente, em relação aos direitos individuais homogêneos, são necessárias algumas considerações.

Filiamo-nos à corrente doutrinária que entende perfeitamente a possível substituição processual nestes casos, uma vez que a única condição legal, para tanto, é que tais direitos decorram “de uma origem comum”.

Contudo, a questão não é consensual na doutrina¹⁷.

Ada Pellegrini Grinover, para quem a heterogeneidade do direito importaria na ausência de condição da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pondera¹⁸:

“Mas é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos”.

A professora Patrícia Miranda Pizzol¹⁹, entretanto, posiciona-se de forma diametralmente oposta a tal distinção, *in verbis*:

17 Desenvolvemos o tema, In: *Substituição processual sindical*, op. cit., p. 85-90.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*: os requisitos de admissibilidade. São Paulo: DPJ, 2006, p. 194-195.

19 PIZZOL, Patrícia Miranda. “A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça”. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 94.

“Os direitos e interesses individuais homogêneos, por sua vez, caracterizam-se, no aspecto subjetivo, pela determinabilidade dos titulares e pela existência de uma origem comum e, no aspecto objetivo, pela divisibilidade do objeto (ressalte-se que a individualização do objeto se opera somente no momento da liquidação ou da execução da sentença condenatória genérica). É importante registrar que a lei não exige para a caracterização do direito como individual homogêneo a predominância das questões comuns sobre as questões individuais, tampouco requer para a adequação da ação coletiva que esta seja o meio mais eficaz de tutela do direito. Entendemos que, segundo o CDC, art. 81, parágrafo único, III, para a caracterização do direito individual homogêneo basta a origem comum (disso decorre a homogeneidade), não sendo necessário que as questões comuns predominem sobre as individuais, tampouco que o legitimado demonstre a utilidade da ação coletiva (a utilidade decorre da existência de direito coletivo *lato sensu*, tutelável via ação coletiva). Ainda que as questões individuais predominem sobre as comuns (como, por exemplo, na hipótese de fumantes que tenham sofrido os mais diversos danos em razão do consumo de nicotina), a ação coletiva é importante (útil) para a coletividade, pois nela restam reconhecidas a responsabilidade do fornecedor e a necessidade de reparação dos danos causados aos consumidores, bastando a estes, nas respectivas liquidações (por artigos) demonstrar o dano individualmente sofrido, bem como o nexo de causalidade e o montante, o que sem dúvida alguma, é muito mais simples do que propor uma ação individual condenatória e fazer prova da responsabilidade do fornecedor e do dever de indenizar.”

Entendemos, *c.m.v.*, que estabelecer mais um requisito para a tutela dos direitos individuais homogêneos, quando o legislador não o fez, é contrariar todo o arcabouço do processo coletivo, no qual o que se pretende é facilitar o acesso do empregado ao Poder Judiciário.

Por mais genérico que seja um provimento judicial, ele sempre será melhor e mais específico que o simples texto da lei, já que, como todos nós sabemos, não basta que um direito seja assegurado positivamente para que isso garanta sua real fruição pelo empregado.

Pensar o contrário é negar a realidade das relações trabalhistas de nosso país na atualidade, onde o que existe é um art. 7º, I, da CF/88²⁰ ainda não regulamentado e um trabalhador que necessita de seu salário para sobreviver, o

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

que, na prática, o impede de ajuizar ação trabalhista ainda no curso do contrato de trabalho, por maior e mais grave que seja a lesão a direito seu.

Claro que pode haver situações em que não reste configurada a hipótese de direito individual homogêneo, mas isso dependerá da análise do caso concreto e, diante dos arts. 81 e 95 do Código de Defesa do Consumidor, tal circunstância deve funcionar como exceção e não como regra²¹.

Referido dispositivo legal – art. 95 do Código de Defesa do Consumidor – determina que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Assim, passando para o próximo aspecto que pretendemos destacar, a substituição processual “é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores”, como expressamente constou da decisão do Supremo Tribunal Federal²².

21 No sentido da interpretação ampliativa aqui defendida, veja-se o seguinte aresto da Lavra do Ministro do TST Luiz Philippe Vieira de Mello Filho:

“Ementa: RECURSO DE REVISTA. SINDICATO PROFISSIONAL. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. IRREGULARIDADE DO BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Segundo a moderna exegese do art. 8º, III, da Constituição Federal, deve ser reconhecida a possibilidade de substituição processual ampla dos sindicatos na defesa de interesses coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria que representa. Na hipótese, o sindicato profissional requer o reconhecimento da irregularidade do sistema de banco de horas praticado pela reclamada e, por conseguinte, postula o pagamento, a cada um dos substituídos, das horas de trabalho destinadas à compensação como horas extraordinárias, com os correspondentes reflexos. Logo, o pleito do sindicato está fundamentado e tem como causa de pedir a alegação de prática empresarial ilícita na instituição de regime de banco de horas irregular. Ou seja, a fonte das lesões é comum a todos os empregados interessados. Dessarte, os direitos reivindicados – pagamento de horas extraordinárias e reflexos – têm origem comum e afetam vários indivíduos da categoria, devendo ser considerados direitos individuais homogêneos, possibilitando a atuação do sindicato profissional como substituto processual. Ressalte-se que a homogeneidade do direito se relaciona com a sua origem e com a titularidade em potencial da pretensão, mas não com a sua quantificação e expressão monetária. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” Processo: RR-25500-27.2008.5.04.0301. Data de Julgamento: 02.05.2012, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11.05.2012.

22 “PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores.

Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos.

Recurso conhecido e provido.” (RE 210.029, publicado em 16.11.05, tendo como Relator o Ministro Carlos Mário Velloso e Relator final o Ministro Joaquim Barbosa).

DOUTRINA

Isso porque, também nessa fase processual, o empregado que tomar a iniciativa de executar uma decisão transitada em julgado contra seu patrão, ainda na vigência do contrato de trabalho, correrá sério risco de perder seu posto de trabalho, exatamente da mesma maneira que ocorre na fase de conhecimento daquele processo.

Vale ressaltar que, em que pese a redação do art. 878 da CLT²³, muitos atos processuais ainda podem ser necessários (como indicação de bens, requerimento de medidas cautelares, etc.), para os quais o sindicato está, na maioria das vezes, muito mais preparado que o reclamante individual.

Aqui não seria o momento de desenvolvermos e examinarmos a casuística da execução, remetemos o leitor para obra de nossa autoria, aqui já mencionada, na qual tratamos do tema²⁴.

Contudo, cumpre destacar que, por mais trabalhosas que sejam as fases liquidatória e executiva, nos processos coletivos, nos quais a tutela atinge direitos metaindividuais, este sempre será um esforço – muito mais econômico em termos de escala, que a multiplicidade de atos processuais que seriam praticados nas centenas ou até milhares de liquidações e execuções idênticas em seu objeto –, que se faz em prol da efetividade dos direitos fundamentais.

Ainda com relação à Súmula nº 31 do C. TST, hoje cancelada, ela tratava de questões como desistência e honorários advocatícios no sentido diametralmente oposto ao que se entende majoritariamente hoje, nas quais prevalece o entendimento de que permitir-se a desistência da ação pelo empregado importaria em sujeitá-lo às pressões do empregador²⁵ e, ainda, de

23 “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Parágrafo único. Quando se tratar de decisão dos Tribunais Regionais, a execução poderá ser promovida pela Procuradoria da Justiça do Trabalho.”

24 PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical*, *op. cit.*, p. 119-127.

25 A propósito a seguinte ementa: “EMENTA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SINDICATO-AUTOR. DESISTÊNCIA MANIFESTADA PELO SUBSTITUÍDO. O cancelamento das Súmulas de ns. 180 e 255 do TST, que admitiam a possibilidade de o substituído manifestar o seu propósito de desistência, evidencia nova diretriz traçada por aquela Corte, deixando evidente que os substituídos não detêm referida prerrogativa, pelo que deve ser ratificada a decisão recorrida, que não acolheu os pedidos individualmente formulados” (RO00095-2006-099-03-00-1 – TRT da 3ª Região, 4ª Turma, Relator Desembargador Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, DJMG 07.10.06).

que são devidos os honorários assistenciais quando o sindicato atua como substituto processual²⁶.

Outra evolução importante em relação à referida Súmula diz respeito à necessidade da apresentação do rol de substituídos presente naquele verbete de jurisprudência, já superado.

A identificação dos substituídos, além de desacelerar o ajuizamento da ação, não pode ser levada ao extremo, a ponto de sua falta configurar ausência de pressuposto de constituição válida e regular do processo, já que os substituídos podem ser identificados na fase liquidatória.

Vale ressaltar que, por força do disposto no já citado art. 95 do Código de Proteção do Consumidor, a sentença é genérica e a individualização do crédito será feita na fase liquidatória, quando o rol poderá ser apresentado.

E a coisa julgada em tais hipóteses far-se-á, nos moldes do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor²⁷.

26 Assim é o entendimento jurisprudencial sumulado do C. TST:

“SÚMULA Nº 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

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

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

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

27 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

III – AS VERDADEIRAS AUTONOMIA E LIBERDADE SINDICAIS – O PAPEL CONSTITUCIONAL DOS SINDICATOS

Mas não é apenas sobre os processos judiciais que trataremos neste artigo.

Uma atuação mais incisiva dos sindicatos, em prol da efetividade dos direitos fundamentais sociais, inclusive valendo-se de ações judiciais, preferencialmente das ações coletivas, *lato sensu*, que possuem uma carga eficaz maior, como já ponderamos aqui, contribuirá para fortalecer os laços entre o sindicato e os trabalhadores por ele representados, o que, por sua vez, implicará no aumento do cumprimento espontâneo pelos empregadores das normas constitucionais e legais.

Isso facilitaria, em muito, o entendimento entre empregados e empregadores, inclusive no local de trabalho, favorecendo a negociação coletiva e, em última análise, desafogando a Justiça do Trabalho.

Ou seja, as ações coletivas, num primeiro momento, obviamente, judicializam mais as questões, mas, a médio e a longo prazos, terminam por diminuir a quantidade de processos judiciais, importando num real, isonômico e democrático acesso à justiça e preservando os postos de trabalho.

Sabemos que isso está ainda muito distante da realidade de muitas categorias profissionais (e econômicas também), nas quais a existência sindical vincula-se, basicamente, ao imposto sindical obrigatório²⁸ mantido pelo art. 8º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Certamente, dificuldades existem para os sindicatos nas negociações coletivas, na busca da preservação dos postos de trabalho, do valor dos salários e da melhora das condições de trabalho.

Por certo, destacamos uma vez mais, o sindicato, mormente o profissional, deve atuar sempre em prol da efetividade dos direitos fundamentais sociais, em consonância com o princípio da proteção ao hipossuficiente, caríssimo ao Direito do Trabalho.

Aí reside seu mister constitucional, conforme dispõe o art. 8º, aqui já citado, e o próprio art. 7º, no qual várias questões essenciais ao contrato de trabalho podem ser alteradas, desde que o sindicato participe das negociações,

28 “Art. 578 da CLT. As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do ‘imposto sindical’, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.” (Vide Lei nº 11.648, de 2008)

v.g., irredutibilidade do salário, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI, da CF/88), jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIV, da CF/88), além de outros²⁹.

É esse poder, embora limitado pelo Estado, nos termos da própria Constituição, mas que propicia a elaboração de normas reguladoras das relações de trabalho, como resultado da negociação, adequando a legislação às especificidades de cada atividade e/ou empresa, que José Francisco Siqueira Neto³⁰ conceitua como autonomia sindical:

“A autonomia coletiva é um poder autorizado e limitado pelo Estado. Não se confunde com a soberania, que é exclusiva do Estado. Nem por isso, entretanto, tem seu espaço de atuação restrito à esfera de atuação da norma estatal (...).

Assim, o que presenciamos nas realidades onde a autonomia coletiva se consolidou são movimentos institucionais variados. Neste ritmo, ora a legislação recebe os resultados da negociação coletiva, ora outras leis se colocam com o objetivo de promover a negociação coletiva, ora a lei delegada à contratação coletiva a tarefa de ditar normas que superem a rigidez prevista na própria lei.”

A denominada liberdade sindical, que o autor *supra* também define, demonstrando que deve ser utilizada em benefício da melhora das condições de trabalho daqueles que representa, pode ser direcionada para pacificar os conflitos trabalhistas³¹:

“Liberdade sindical é um direito histórico decorrente do reconhecimento por parte do Estado, do direito de associação, que posteriormente adquiriu a qualidade de um dos direitos fundamentais do homem, conferido a trabalhadores, empregadores, e por respectivas organizações, consistente no amplo direito, em relação ao Estado e às contrapartes, de constituição de organizações sindicais em sentido teleológico (comissões, delegados...), em todos os níveis e âmbitos territoriais, de filiação então filiação sindical, de militância e ação, inclusive nos locais de trabalho, gerador da autonomia coletiva, preservado mediante a sua garantia contra todo e qualquer ato voltado a impedir ou a obstaculizar o exercício dos

29 Sobre o tema escrevemos na obra *Substituição processual sindical*, aqui já mencionada, p. 128-134.

30 SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 65.

31 *Ibidem*, p. 133-134.

direitos a ele inerentes, ou de outros a ele conexos, instituto nuclear do Direito do Trabalho, instrumentalizador da efetiva atuação e participação democrática dos atores sociais nas relações de trabalho, em todas as suas esferas econômicas, sociais, administrativas públicas.”

Esse é o mister constitucional dos sindicatos: buscar compor os conflitos entre o capital e trabalho – inerentes ao regime capitalista e representando, ambos, fundamentos da República Federativa do Brasil³² –, conduzindo, democraticamente, a categoria profissional a atingir suas pretensões diante dos empregadores (categoria econômica).

IV – CONCLUSÕES

O sindicalismo brasileiro tem um caminho muito longo a trilhar! Quase tão longo quanto a nossa jovem democracia.

Muito nos resta de equivocado ou, pelo menos, discutível, v.g., o instituto da unicidade sindical e o do imposto sindical³³.

Lado outro, o art. 7º, I, da CF/88³⁴ ainda não foi totalmente regulamentado e já se vão mais de vinte anos da promulgação da nossa Constituição Federal.

Se a autonomia maior dos entes sindicais está na possibilidade de celebrar acordos e convenções coletivas, adequando a realidade das categorias à legisla-

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

V – o pluralismo político.”

33 “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

(...)

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;”

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”

DOCTRINA

ção heterônoma, nem sempre isso é possível, somente restando a empregados e empresas discutirem seus litígios na seara judicial.

Nessa hipótese, tal como ponderamos no início deste estudo, as ações coletivas, *lato sensu*, podem contribuir, em muito, para desafogar a Justiça do Trabalho, uma vez que atingem a um número considerável de empregados, a toda uma categoria ou mesmo a todo um segmento da coletividade.

Assim, não há conclusões definitivas em sede de institutos em construção, como é o caso do instituto da substituição processual sindical. Temos, contudo, uma certeza: a concretização da igualdade entre os litigantes, da democratização do acesso à justiça e da efetividade dos direitos fundamentais passa pelo processo coletivo.

Mas enquanto não se realiza uma reforma sindical estrutural, iniciativas pioneiras, como o Seminário *Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil*³⁵, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em abril/2012, no qual se discutiu o papel das entidades sindicais, com olhos voltados para o futuro, podem ser muito significativas no sentido de alcançar a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive através do processo coletivo.

V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)”. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et. alii.* (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Tutela inibitória em matéria labor-ambiental”. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. vol. 77, n. 4, out./dez. 2011. São Paulo, Lex Magister, p. 140-161.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. São Paulo: DPI, 2006, p. 194-195.

_____. “Da defesa do consumidor em juízo”. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito;

35 Sobre referido evento, inclusive material científico. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/seminario-liberdade-sindical/programacao>>. Acesso em: 25.05.2012.

DOUTRINA

WATANABE, Kazuo; NERY Jr., Nelson; DENARI, Zelmo (coords). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: RT, 1998.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. “Proteção coletiva aos direitos trabalhistas”. In: *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 72-86, 2010.

_____. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. “Substituição processual sindical e o meio ambiente de trabalho”. In: *Revista LTr. Legislação do Trabalho*. v. 75. p. 827-835, 2011.

PIZZOL, Patrícia Miranda. “A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça”. In: FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2007.

A CONVENÇÃO 87 DA OIT NO DIREITO BRASILEIRO: CAMINHOS PARA SUA VIGÊNCIA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

Cristiano Paixão**

1 – INTRODUÇÃO

Há várias formas de enfrentar a discussão em torno das possibilidades de vigência da Convenção 87 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro. O direito internacional público, o direito do trabalho, os direitos humanos; todos esses campos da experiência jurídica fornecem categorias e conceitos aptos a propiciar um debate consistente em torno do tema.

Nossa opção não exclui essas possibilidades. Apenas a porta de entrada nessa controvérsia será outra. Procuraremos, nas linhas que se seguem, situar o debate acerca da Convenção 87 da OIT a partir do direito constitucional e da história do constitucionalismo.

E, a esse respeito, uma primeira observação é importante. Em nossa perspectiva, o direito constitucional brasileiro vive, na atualidade, um momento privilegiado, um momento de construção constitucional que vem sendo gestado há muito tempo, mas que parece haver sofrido uma aceleração recente. Como se sabe, os campos do direito constitucional e do direito do trabalho estão intimamente conectados¹. Desde o início do período republicano, é possível

* O autor registra seus agradecimentos a Ricardo Lourenço Filho e Ricardo Macedo Britto Pereira pelos valiosos comentários e sugestões. A responsabilidade pelo texto é exclusiva do autor. Texto no “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho entre os dias 25 e 27 de abril de 2012.

** *Procurador Regional do Trabalho em Brasília (PRT da 10ª Região); professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; professor visitante do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Sevilha (2010-2011); líder dos grupos de pesquisa “Percurso, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (UnB-UFSC) e “Direito e História: Políticas de Memória e Justiça de Transição” (UnB – Faculdade de Direito e Departamento de História); conselheiro da Comissão de Anistia (Ministério da Justiça).*

1 As obras de Ricardo Lourenço Filho (2011) e Sayonara Grillo Leonardo da Silva (2008) são exemplos paradigmáticos dessa interlocução, particularmente no campo do direito coletivo do trabalho.

estabelecer uma relação histórica entre a elaboração de textos constitucionais e o surgimento de demandas voltadas ao mundo do trabalho. Ainda que esse processo seja complexo, sujeito a diversas etapas e, evidentemente, não assuma uma trajetória evolutiva ou linear, podemos observar uma relação (nem sempre harmônica) entre os documentos constitucionais de 1891 e 1934 e as variadas formas de organização e reivindicação assumidas pela classe trabalhadora – com graus diversificados de êxito no atendimento dessas demandas². Com a promulgação e vigência da Constituição de 1988, esse nexos ficou ainda mais perceptível, quer pelo fato de que os atores sociais do mundo do trabalho tiveram nítido protagonismo na redação da Carta ora em vigor, quer pela centralidade ocupada, naquele mesmo documento, pelos direitos sociais, organização sindical e direito de greve³.

E é igualmente interessante notar, no plano institucional, a circunstância de que o Tribunal Superior do Trabalho vive, também ele, um momento privilegiado. A ampla repercussão do Seminário destinado à discussão da Convenção 87 da OIT, em suas muitas ramificações, revela a dinâmica de uma instituição que mantém uma interlocução com setores do mundo do trabalho, o que se revela positivo para a sociedade e para o próprio tribunal. Há um notável foco de interesse no tema, por meio dos profissionais do direito (magistrados, procuradores, advogados), ou ainda dos estudantes, ou, principalmente, dos protagonistas do mundo do trabalho, líderes sindicais, trabalhadores em geral, empresários. As instituições têm esta característica: vivem certas janelas de oportunidade, determinados momentos de iluminação em que o debate se torna mais vivo, em que elas se mantêm conectadas com a esfera pública, em que se abrem para as discussões contemporâneas. O TST assume um papel de vanguarda, assume uma liderança ao poder estabelecer um diálogo dessa dimensão. O problema se coloca para além dos ambientes institucionais, como gabinetes, salas de sessões ou audiências limitadas à participação dos litigantes.

A presente contribuição se insere nesse contexto de interlocução – e parte do pressuposto de que esse movimento institucional do tribunal deva se multiplicar no futuro, por meio de outras iniciativas e novas possibilidades de diálogo.

2 Cf., para o período inicial da República Velha, o interessante ensaio de Claudio Batalha (2006, p. 163-189). Em relação à Constituição de 1934 e a tutela de direitos sociais, ver a síntese proposta em Paixão (2011, p. 148-155).

3 Ver, quanto a esse tema, e a título exemplificativo, o teor dos arts. 6º a 9º da Constituição de 5 de outubro de 1988.

2 – A VIGÊNCIA DA CONVENÇÃO 87 DA OIT NO BRASIL: POSSIBILIDADES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E DA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

Qual é a relação possível entre a Convenção 87 da OIT e a Constituição brasileira?

A pergunta suscitada pelo Seminário que ora se realiza existe desde a aprovação da Convenção 87, que remonta ao ano de 1948. A questão está ligada à compatibilidade da Convenção com o ordenamento jurídico brasileiro. Nossa exposição proporá, a título de contribuição para o debate, três linhas de argumentação, três caminhos possíveis para estabelecer esse nexo entre a Convenção 87 da OIT e a Constituição brasileira. Antes, contudo, de ingressar nessa tríade de alternativas, é importante explicitar um pressuposto que informará a análise: o direito constitucional contemporâneo, por definição, apresenta-se como uma obra em aberto, como um processo em construção. Com isso queremos assinalar a natureza policêntrica e multipolar de nossa experiência constitucional. Um texto normativo, como a Constituição, atua no mundo por meio de uma operação interpretativa. Não há texto que exista fora do contexto de aplicação. Como vivemos num cenário de crescente complexidade e transformações estruturais na sociedade – em especial no mundo do trabalho –, é natural que existam muitas alternativas disponíveis para a compreensão dos textos que norteiam a prática dos atores das relações de trabalho. Portanto, não existe apenas uma resposta à indagação que aqui se coloca.

Como dito, apresentaremos três linhas possíveis de respostas, advertindo, de antemão, que os pressupostos que informam esses caminhos não se anulam. Muito pelo contrário: esses pressupostos se encontram.

2.1. A primeira alternativa parte, na verdade, de uma constatação. No que diz respeito à liberdade sindical – a matéria da Convenção 87 –, há um atraso do Brasil em relação à expressiva maioria dos países. Segundo dados da própria OIT, a Convenção 87 foi ratificada por nada menos que 151 estados nacionais⁴. Há, evidentemente, razões históricas para esse fato: o Brasil, ao tempo da aprovação da Convenção, estava em pleno processo de modernização, com uma construção muito particular das estruturas do mundo do trabalho: elaboração de novas leis, institucionalização de organizações estatais (Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho) e, como se sabe, forte dirigismo governamental e intervenção estatal na vida sindical. A

4 Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:4376986665604222::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312232:NO>. Acesso em: 5 jun. 2012.

partir de 1964, instalou-se uma ditadura militar, com o retorno ao poder civil apenas em 1985.

Portanto, nesse longo período compreendido entre 1948 (aprovação da Convenção 87) e 1988 (entrada em vigor da Constituição promulgada após a redemocratização) havia uma clara incompatibilidade entre o primado da liberdade sindical e o ordenamento jurídico brasileiro, fortemente marcado pela mentalidade autoritária e centralista, principalmente no campo da organização sindical. Não era possível imaginar a presença e livre trânsito, de modo efetivo, das ideias de liberdade, autonomia, democracia quando o Brasil estava dominado por um regime de força. Assim, somente após 1988 será possível iniciar o processo de entrada em vigor, no direito brasileiro, da Convenção 87 da OIT.

E, a esse respeito, entendemos ser fundamental que o Brasil, como uma sociedade democrática e plural, ratifique, o mais rapidamente possível, a Convenção 87, e que o faça pelo procedimento constitucional, que é aquele estabelecido no § 3º do art. 5º da Constituição da República. Isso porque a liberdade sindical, em nossa perspectiva, está inserida no amplo catálogo de direitos humanos que vem informando, em âmbito mundial, os ordenamentos jurídicos nacionais. Portanto, é uma resposta que se apresenta de imediato. Não seria compreensível se o Brasil – país que vem assumindo um claro protagonismo no cenário geopolítico contemporâneo e nas relações comerciais e políticas em um mundo em constante transformação –, não aderisse, não ratificasse, de modo soberano, pelo procedimento que ele mesmo estabeleceu em sua Constituição, a Convenção 87 da OIT.

2.2. É chegado o momento – ainda no campo do Direito Internacional e dos Direitos Humanos – de frisar um aspecto: o fato de a Convenção 87 ainda não ter sido ratificada pelo Brasil não significa que não possa vigorar, de forma efetiva, o primado da liberdade sindical no Brasil. Há várias normas internacionais em vigor, às quais o Brasil está vinculado, que versam sobre a organização sindical. Do conjunto dessas normas – e de suas relações com outros direitos humanos ligados ao mundo do trabalho – é possível concluir pela consagração, no plano internacional, da ideia de liberdade sindical.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no seu art. 23, item IV, prevê: “Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses”⁵. O Pacto sobre Direitos Econômi-

5 Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

cos Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, disciplina, em seu art. 8º:

“Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar:

a. O direito de todas as pessoas de formarem sindicatos e de se filiarem no sindicato da sua escolha, sujeito somente ao regulamento da organização interessada, com vista a favorecer e proteger os seus interesses econômicos e sociais. O exercício deste direito não pode ser objecto de restrições, a não ser daquelas previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem;

b. O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formarem ou de se filiarem às organizações sindicais internacionais;

c. O direito dos sindicatos de exercer livremente a sua actividade, sem outras limitações além das previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança social ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem.”⁶

Outro documento internacional de enorme importância no contexto global dos direitos humanos é o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, também de 1966, ratificado em 1992, que estabelece, em seu art. 22:

“1. Toda e qualquer pessoa tem direito de se associar livremente com outras, incluindo o direito de constituir sindicatos e de a eles aderir para a protecção dos seus interesses.

2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que são necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública e para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outrem. O presente artigo não impede de submeter a restrições legais o exercício deste direito por parte de membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma disposição do presente artigo permite aos Estados-Partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho respeitante à liberdade sindical e à protecção do direito sindical tomar

6 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

medidas legislativas que atentem – ou aplicar a lei de modo a atentar – contra as garantias previstas na dita Convenção.”⁷

Há ainda a Declaração Sociolaboral do Mercosul, uma declaração assinada em 1998 pelos Chefes de Estado dos países integrantes do Mercosul, que estipula, de forma clara e inequívoca, nos seus arts. 8º e 9º, a liberdade sindical no seu sentido mais amplo, na sua perspectiva mais abrangente:

“Liberdade de associação

Art. 8º Todos os empregadores e trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que considerem convenientes, assim como de afiliar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes.

Os Estados-Partes comprometem-se a assegurar, mediante dispositivos legais, o direito à livre associação, abstendo-se de qualquer ingerência na criação e gestão das organizações constituídas, além de reconhecer sua legitimidade na representação e na defesa dos interesses de seus membros.

Liberdade sindical

Art. 9º Os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscar a liberdade sindical com relação a seu emprego.

Deverá garantir-se:

a) a liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação, sem que isto comprometa o ingresso em um emprego ou sua continuidade no mesmo;

b) evitar demissões ou prejuízos a um trabalhador por causa de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais;

c) o direito de ser representado sindicalmente, de acordo com a legislação, acordos e convênios coletivos de trabalho em vigor nos Estados Partes.”⁸

Cabe mencionar, ainda, a Declaração da OIT, de 1998, sobre os Princípios e os Direitos Fundamentais no Trabalho. Essa Declaração urge, estimula, recomenda que os Estados integrantes da Organização Internacional do Trabalho

7 Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 5 jun.2012.

8 Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/dec_mercosul.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

ratifiquem as convenções relacionadas a determinados temas, sendo um deles a liberdade sindical (item 2, alínea *a*)⁹.

Portanto, temos, na estrutura internacional, seja no âmbito do sistema da ONU, seja no âmbito do sistema do Mercosul, seja no âmbito da própria OIT, uma série de documentos internacionais que comunica algo, que sinaliza para a existência de um contexto internacional em que prevalece o princípio da liberdade de associação no plano sindical. Trata-se, enfim, de um caminho já existente. Não é necessário aguardar que a Convenção 87 seja ratificada – o que seria recomendável, como tivemos a oportunidade de frisar no item 2.1 – para que seja alcançada, no plano da vida concreta, a efetividade do primado da liberdade sindical.

É comum a postura de atores políticos, de atores sociais, de profissionais do direito de ter uma espera por um ato normativo que, em tese, mudaria o mundo. A matéria desse suposto ato normativo é construída, muitas vezes, a cada dia, em cada órgão de jurisdição de primeiro grau, em cada processo administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, na convocação de uma assembleia geral extraordinária de um dado sindicato, nas lutas que se estabelecem nas universidades, na imprensa, em todos os locais em que a esfera pública pode se estabelecer. No caso da organização de sindicatos, é evidente a existência coerente de um princípio – internacionalmente consagrado – da liberdade sindical.

Vislumbramos, então, uma segunda resposta à questão que foi colocada. Essa resposta não é tão prospectiva, não é marcada por uma espera. Ela parte de algo que já existe. Existe um arcabouço de normas internacionais ratificadas pelo Brasil que traduzem o compromisso de o Estado brasileiro defender a liberdade sindical e implantar essa liberdade em todos os seus planos.

2.3. Na perspectiva do direito constitucional, poderíamos trilhar outro caminho, que passa pela tarefa interpretativa que norteia toda e qualquer leitura do texto da Constituição. Como interpretar a nossa Constituição quando ela estabelece, de forma geral, o princípio da liberdade sindical (art. 8º, *caput*) e prevê, no inciso II do mesmo art. 8º, o instituto da unicidade sindical?

Essa é uma das tarefas que o Constituinte de 1988 nos confiou. Estamos, portanto, provocados, desafiados, pelo texto da Constituição. Sabemos que as Constituições são documentos abertos. Temos consciência de que o Constituinte

9 Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2012.

sabe que escreve para o futuro, sabe que estabelece um diálogo intergeracional. Toda obra constituinte quer durar, permanecer, vincular o tempo e, no caso brasileiro, não seria diferente. O caso brasileiro envolve essa consciência do Constituinte de falar para gerações futuras. Esse compromisso se concretizou. Já concluímos mais de vinte anos da Constituição. Em outubro de 2012, completar-se-ão vinte e quatro anos de vigência da Constituição, e o que se vivemos, na contemporaneidade, é cada vez mais o processo de interpretação e de experimentação constitucional.

Então, em uma perspectiva histórica mais ampliada, podemos dizer que estamos implantando a nossa Constituição. E esse evento, essa pergunta sobre a liberdade sindical está inserida neste processo, ininterrupto, por meio do qual a Constituição nos oferece perguntas e nos desafia em relação ao tempo. O caminho que aqui se esboça, talvez algo insólito, pode permitir uma reflexão e estimular o debate sobre o tema.

A pergunta que enunciamos é: existem normas constitucionais que podem ser inconstitucionais? É possível, no interior de um documento constitucional, um preceito inconstitucional?

Essa hipótese configura, aparentemente, uma contradição em termos, uma situação de quebra do raciocínio jurídico habitual. Se for assumido o pressuposto de que existe uma unidade da Constituição, então, não poderá haver inconstitucionalidade de norma constitucional. Mas, por outro lado: se a Constituição for interpretada não como um documento estático, não como um catálogo de direitos que se exaure no tempo da sua escrita, mas como documento histórico que se projeta para o futuro e que vem a ser escrito e reescrito e reelaborado pelas gerações que se seguem, começa a surgir um caminho promissor, uma alternativa, uma porta de entrada para que se possa estabelecer algum tipo de superconstitucionalidade. Existirá, segundo esse raciocínio, algum núcleo, algum grupo de significados constitucionais que desafia as próprias constituições? Será possível estabelecer um tipo de controle dessa superconstitucionalidade?

Esse conjunto de questões poderia gerar uma resposta marcada pela ingenuidade, segundo a qual seria possível defender a existência de princípios gerais, aplicáveis internacionalmente, que deveriam ser seguidos pelas constituições nacionais. Esse seria um raciocínio ingênuo e de pouca utilidade. De outra parte, seria interessante indagar: como se relacionam os dispositivos da própria constituição?

Pensemos no art. 8º da Constituição brasileira. O leitor, quando se depara com o texto do dispositivo, não pode evitar uma sensação de estranhamento,

no sentido hermenêutico que esse termo comporta. É como se houvesse uma provocação por parte do texto. O art. 8º enuncia, em seu *caput* e no inciso I, o princípio da liberdade sindical¹⁰. Essa previsão é coerente com a estrutura dos artigos que precederam o art. 8º; é coerente com os arts. 5º, 6º e 7º da mesma Carta Política. Enunciar o princípio da liberdade sindical no contexto brasileiro equivale a dizer que a estrutura sindical acompanha a onda de democratização que levou à Constituição de 1988.

Porém, a situação muda quando o leitor chega ao texto do inciso II. Esse texto, especialmente quando lido em contraposição ao *caput* e ao inciso anterior, desperta uma dúvida, gera uma espécie de desestabilização. Esse elemento de “não pertencimento” tem uma explicação: o inciso II seleciona um elemento das estruturas constitucionais pretéritas e ressuscita a unicidade sindical, inserindo-a em um lugar de destaque, ou seja, em meio aos preceitos que informam toda a organização sindical brasileira¹¹.

Como o intérprete pode reagir a isso?

Em 1988, não havia tantas alternativas disponíveis. Nos tempos atuais, o Poder Judiciário – e, particularmente, a Justiça do Trabalho – se inscreve numa história institucional de defesa de direitos, uma história institucional de realização de direitos fundamentais no mundo do trabalho. Como tudo que envolve o mundo do trabalho, há, evidentemente, decisões que podem ser inseridas num movimento de precarização das relações de trabalho, especificamente em relação à terceirização. Não se trata de um processo linear. Porém, em termos mais abrangentes, é viável afirmar que está em curso essa dinâmica de aquisição e redefinição de direitos, tudo isso com base na Carta de outubro de 1988. Em nossos dias, torna-se possível estabelecer um quadro de certa contradição entre essa unicidade sindical e todo o arcabouço restante da Constituição, seja a liberdade sindical do *caput* e do inciso I do art. 8º, sejam as normas internacionais mencionadas anteriormente (item 2.2).

O direito comparado nos traz exemplos diversos em que foram cogitadas formas de superconstitucionalidade. O exemplo mais evidente é o da Alemanha, no pós-guerra, com Otto Bachof, numa obra chamada “Normas Constitucionais Inconstitucionais”, que está muito ligada ao contexto alemão de redescoberta

10 Texto: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

11 Texto: “II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”.

do jusnaturalismo, como uma forma de evitar a repetição da barbárie verificada no III Reich.

Em nossa análise, vamos seguir um caminho um pouco menos óbvio. Duas experiências nos interessam nesse campo: a da Índia e a da Irlanda. Tanto a Suprema Corte da Índia quanto a Suprema Corte da Irlanda, em determinados momentos de suas trajetórias institucionais, enfrentaram esse desafio de buscar a fundamentação de certas normas constitucionais inconstitucionais.

Falemos em primeiro lugar da Irlanda. Havia ali um contexto de guerra civil, com o uso reiterado de medidas de emergência e implantação de restrições ao exercício de direitos individuais e liberdades públicas. Contudo, uma dessas medidas de emergência – que autorizava a criação de um tribunal especial, composto por militares sem a presença de magistrados com formação jurídica – não estava prevista na Constituição original, de 1922, vigente ao tempo da publicação da decisão aqui invocada (1935). Ela foi estabelecida por emenda constitucional e aprovada por uma maioria simples. Isso colocou uma demanda à Suprema Corte da Irlanda. Foi uma mudança formalmente válida? Em certo sentido, sim. O *quorum* da emenda constitucional foi previsto no documento constitucional. O procedimento não tinha nenhum vício. A questão que se apresentava era outra: a emenda violava preceitos que estavam acima da constituição?

A Suprema Corte não declarou a inconstitucionalidade da emenda. Por dois votos a um, o tribunal rejeitou a possibilidade de analisar a adequação da emenda a certos princípios supraconstitucionais. O voto vencido, contudo, proferido pelo juiz Hugh Kennedy, Presidente da Corte, avançou numa interessante direção: em seu entendimento, a emenda, com a adoção de uma estrutura judiciária inteiramente discrepante daquela estabelecida na constituição, negava o próprio texto constitucional e contrariava valores supralegais, que não estariam disponíveis nem mesmo ao constituinte na redação da Carta¹².

Essa argumentação foi recuperada pela Suprema Corte em casos posteriores, decididos sob a vigência da Constituição de 1937. Foram editadas normas constitucionais e infraconstitucionais que estipulavam direitos à mulher quanto a tratamentos contraceptivos e que asseguravam o direito a submeter-se, em outros países, a procedimento abortivo e também de ser informada sobre tal procedimento. Também nesses casos, a Corte evitou pronunciar a inconstitucionalidade das normas aprovadas por emenda com base numa superioridade de

12 *State (Ryan) v. Lennon*, [1935] IR 170, 198.

valores. Mesmo assim, a discussão retornou. E, numa determinada passagem, o tribunal menciona a necessidade de interpretação da Constituição a partir dos conceitos de “prudência, justiça e caridade”¹³.

Do teor dessas discussões, o que se pode concluir? Para aqueles magistrados que seguiram a linha inaugurada por Hugh Kennedy no caso *Ryan*, o poder constituinte originário não tem um poder absoluto. Observe-se que não foi uma análise proposta com base no par conceitual poder constituinte originário X poder constituinte derivado. Foi uma apreciação de conteúdo. O que foi afirmado nesses casos, incidentalmente, foi a impossibilidade de se transformar a Constituição sem obedecer a determinados parâmetros implícitos na própria Carta. Óbvio que se abre uma grande discussão sobre a definição desses pressupostos. Nesse caso, tudo indica que estamos diante de alguns fundamentos de origem religiosa. Alguns dos casos em debate enfrentavam questões que envolviam liberdades públicas que, de certo modo, desafiavam uma determinada visão religiosa do mundo, dominante na Irlanda. Mas o que nos interessa é o teor da controvérsia suscitada por essas decisões. Cogitou-se a anulação de decisões do parlamento, normas constitucionais, na medida em que não estavam de acordo com algumas premissas de justiça, de equidade, de bondade.

A Índia viveu uma experiência similar. Houve, em determinado período, uma série de embates entre o governo, especialmente o de Indira Gandhi e a Corte Suprema da Índia, no que diz respeito à tentativa de estabelecer limites ao poder do Primeiro Ministro e a relação dele com os outros poderes. No caso *Golakhnath*, foram estabelecidos os limites ao poder de reforma da Constituição também sob uma perspectiva material, sob a argumentação de que a Constituição não prevê direitos, ela reconhece direitos¹⁴. É uma argumentação muito curiosa, na medida em que para reconhecer é necessário prever. Mas essa distinção sutil tinha um objetivo consciente: mostrar que nem tudo está disponível para o constituinte. A Assembleia Constituinte não tem uma liberdade total para escrever a norma constitucional que vinculará o futuro. Foi outra forma de afirmar uma espécie de superconstitucionalismo¹⁵.

13 *The Attorney General v. X. and others*, [1992] No. 846P, também conhecido como *Abortion Information Case*. Cabe notar que esse trecho é na verdade extraído de outra decisão da Suprema Corte, ligado ao acesso a tratamento anticoncepcional. Isso demonstra que se trata de um tema recorrente na dinâmica das discussões constitucionais na Irlanda. O excerto é do caso *McGee v. The Attorney General*, [1974] I.R. 284.

14 *Golakhnath v. State of Punjab*, 1967 AIR 1643.

15 Para uma análise dos precedentes oriundos da Irlanda e Índia, cf. os artigos de Rory O’Connell (1999) e Gary J. Jacobs (2006).

3 – CONCLUSÃO

A questão não é inédita, como foi possível observar. Quando nos deparamos com o art. 8º da nossa Constituição, vemos surgir o problema que já havia mobilizado as organizações judiciárias da Irlanda e da Índia: a existência de uma incompatibilidade entre normas constitucionais.

No que diz respeito à definição da liberdade sindical, fica clara, no Brasil, a imensa criatividade dos atores sociais que, por meio de práticas sociais, fundam novas entidades, a partir de desmembramentos, especificações ou mesmo fragmentação no interior das categorias, mas procurando se manter no marco da unicidade. Para tanto, os atores interpretam e deslocam determinadas categorias previstas na Constituição e nas leis. Isso significa afirmar que não mais existe o sistema de organização sindical implantado ao tempo da entrada em vigor da CLT.

Uma análise dos sindicatos existentes vai mostrar um contexto muito mais pulverizado e fragmentado, fruto desse trabalho criativo dos atores sindicais. Para o reconhecimento do sindicato é necessário trilhar um longo percurso, que pode conter as seguintes etapas: desdobrar as entidades existentes; convencer autoridades administrativas acerca da legalidade da fundação; convencer seus filiados de que vale a pena criar um novo sindicato; convencer os integrantes do Judiciário de que isso é possível; convencer o representante do Ministério Público que poderá investigar a existência de alguma irregularidade. Todo esse trabalho se faz em nome de um texto

As normas internacionais acima invocadas inspiraram um ambiente de liberdade que permite essa construção de novas formas de organização sindical. Nesse panorama histórico, nesses vinte e quatro anos de vigência da Constituição, já podemos marcar, indicar uma certa excepcionalidade no art. 8º, inciso II. Cada vez mais, o texto se coloca como algo que está caminhando para um crepúsculo, uma lenta dissolução. O princípio da unicidade pode ser ainda uma referência, produzir efeitos na vida, na medida em que ele gera efeitos de contribuição, gera efeitos de impossibilidade de mais de um sindicato na mesma base, mas, na verdade, o sistema hoje é muito diferente, porque a prática social transformou a estrutura sindical. É essa prática que hoje bate às portas do Judiciário; é essa prática que precisa ser vista à luz da Constituição.

Estamos diante de um caso que guarda alguma similaridade com uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal ligada à união estável de pesso-

as do mesmo sexo¹⁶. A Constituição, em seu art. 226, § 3º, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. O sentido desse texto se alterou, transformou-se ao longo do tempo. O Constituinte de 1988 não tinha em mente essa nova configuração social. Quando destacamos a decisão do Supremo Tribunal Federal, não devemos deixar de ressaltar todo o esforço institucional que precedeu o pronunciamento da Suprema Corte. Muitos juízes em primeiro grau, em casos concretos que envolviam proteção previdenciária, reconhecimento civil de parceiros em união homoafetiva, desempenharam um papel decisivo nessa construção jurisprudencial. O Legislativo não demonstrou abertura para essa demanda e, de uma forma contramajoritária, o Judiciário, em uma perspectiva democrática, foi estabelecendo gradativamente essa resposta a uma demanda social.

A situação é similar no que diz respeito à liberdade e à unicidade sindicais. Hoje, a liberdade é a regra, é o princípio estabelecido. A unicidade é um elemento estranho no sistema, nesse sentido do estranhamento hermenêutico, é aquilo que nos provoca, é aquilo que nos move a procurar soluções diferentes, soluções criativas, soluções que concretizem a Constituição.

Os direitos sociais estabelecidos nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição remetem ao futuro; são direitos abertos a uma escritura coletiva que se coloca agora também para a questão relacionada à unicidade sindical. Do ponto de vista das demandas judiciais, será muito mais interessante, num contexto de afirmação da liberdade sindical, se os processos a serem examinados não mais adotem como parâmetro a unicidade sindical, ou seja, que não se analise apenas a legalidade da postura da autoridade administrativa. Outros elementos podem ser analisados, como, por exemplo, o grau de democracia interna da instituição sindical ou a própria legitimidade da base que cria uma nova entidade.

São discussões, portanto, que ocorrem em bases diversas, de consolidação de uma cultura de direitos. As perspectivas de afirmação da Constituição são plurais, complexas e muitas vezes superpostas. Cogitamos, no texto que aqui se conclui, três hipóteses: ratificação da Convenção 87, interpretação sistemática e abrangente do princípio da liberdade sindical a partir de normas internacionais, superconstitucionalidade do art. 8º, *caput* e inciso I da Carta de outubro de 1988. Há várias alternativas para que se possa defender a vigência da Convenção 87 da OIT no direito brasileiro. Caberá aos atores sociais do mundo do trabalho – aí incluídas as instituições estatais – construir os caminhos para a efetivação desse direito.

16 ADI 4.277 e ADPF 132, decisões publicadas no DJE de 14.10.2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Claudio H. M. “Formação da classe operária e projetos de identidade coletiva”. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. 2. ed. v.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

JACOBSON, Gary Jeffrey. “An unconstitutional constitution? A comparative perspective”. In: *International Journal of Constitutional Law*. vol. 4. n. 3, 2006. p. 460-487.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. *Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira*. São Paulo: LTr, 2011.

O’CONNELL, Rory. “Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms”. In: 4 *Journal of Civil Liberties*, 1999, p. 48-75.

PAIXÃO, Cristiano. “Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988”. In: *Araucaria*. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. Sevilla, ano 13, n. 26, 2011, p. 146-169.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo de. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

A INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL DOMÉSTICO

Fernanda dos Santos Nunes*

*“Seu sonho é sua vida e vida é trabalho;
E sem o seu trabalho o homem não tem honra”
(Gonzaguinha)*

1 – INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL DOMÉSTICO

1.1 – A indenização do dano moral in genero e alguns aspectos gerais do dano moral trabalhista

A indenização do dano moral encontra respaldo jurídico na esfera civil, contudo, sua aplicação não tem previsão legal específica, seja nas relações do trabalho doméstico, que é o caso do presente trabalho, seja nas relações civis. Para tanto, a jurisprudência e a doutrina seguem parâmetros brasileiros baseados no subjetivismo do juízo de valores.

A responsabilidade civil é a origem para restabelecer o equilíbrio moral violado pelo dano. Neste contexto, da globalização, o dano moral que gera a reação legal é movido pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco. O autor do dano tem o dever de indenizar, fundado na responsabilidade civil, com o objetivo de suprimir a diferença entre a situação do lesado, e a atual consequência do prejuízo, seja psicológico ou físico.

A esfera civil entende que para que haja dano indenizável serão imprescindíveis os seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, no caso do presente trabalho, moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado;

* *Graduada em Direito pela PUCRS; pesquisadora de Direito do Trabalho na Universidade de Coimbra – Portugal e na Universidade de Burgos – Espanha; especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela AMATRA 12; pós-graduanda em Direito Civil e Processo civil com ênfase no Processo Civil pelo Verbo Jurídico.*

e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior ou, até mesmo, por culpa exclusiva da vítima.

Assim, entende-se que a indenização é estabelecida em atenção ao dano e à situação do lesado, que deverá ser restituído à situação em que estaria se não tivesse ocorrido a ação do lesante. Neste raciocínio, compreende-se que a indenização será fixada através da situação atual, após o dano, e a anterior, comparando as diferenças que serão a base para que o juízo faça a análise subjetiva do valor a indenizar.

A autora Maria Helena Diniz afirma:

“A responsabilidade civil cinge-se, portanto, à reparação do dano moral ou patrimonial causado, garantindo o direito do lesado à segurança, mediante o pleno ressarcimento do prejuízo, restabelecendo-se na medida do possível o *status quo ante*. Na atualidade, o princípio que domina a responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da completa reposição da vítima à situação anterior à lesão, por meio: a) de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente (sanção direta), por exemplo, no delito contra a reputação, a publicação, pelo jornal, de desagravo; no caso de poluição, a remoção do aparato causador do dano; ou b) de indenização (sanção indireta) que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento. Assim, comumente, dá-se pagamento de certa soma em dinheiro, mesmo na reparação de danos morais, como os alusivos à honra, à vida, à imagem, hipótese em que se configura a execução por equivalente, sempre em atenção às alterações do valor do prejuízo, posteriormente, a sua ocorrência, inclusive desvalorização monetária.”¹

Portanto, no caso do dano material, o valor pecuniário seria baseado no prejuízo causado ao lesado. Contudo, para o dano moral, muitas vezes, não há reparação financeira cabível, ou melhor, não existe uma indenização capaz de compensar o sofrimento causado a alguém, como, por exemplo, a dor, a tristeza e demais sentimentos cujo valor pecuniário é inexistente; para ficar bem claro, não existe um valor para a dor, para a tristeza, motivo pelo qual o dano moral “não tem preço”, se é que se pode dizer assim neste trabalho.

1 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 7. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 5-8.

DOCTRINA

Assim sendo, nestes casos, resta ao judiciário ponderar tal indenização, e, já ciente que a pecúnia é apenas uma forma de indenizar o que jamais será indenizado, ou melhor, é uma forma de amortecer o dano para o lesado e fazer-se justiça.

Exemplificando os parágrafos acima, a morte de um paciente por erro médico gera um dano moral imenso aos filhos do falecido, e tal ilícito jamais terá um valor financeiro capaz de pagar tal sofrimento, tal dor, tal desespero, contudo, no intuito de amenizar e tentar punir o causador da lesão, estabelecem-se valores pecuniários e outras formas de indenização como, por exemplo, declarações públicas, etc.

Ainda, Maria Helena Diniz ressalta sobre a indenização do dano moral:

“A reparação do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do *jus vindicatae*, visto que ele ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza e angústia, pela superveniência de sensações positivas de alegria ou satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, poderia atenuar seu sofrimento. Trata-se da reparação por equivalente, ou melhor, da indenização entendida como remédio sub-rogatório, de caráter pecuniário, do interesse atingido.”²

Portanto, o dano moral é irreparável do ponto de vista do ser humano; a dignidade ofendida, bem como a dor causada, não possuem valores financeiros específicos nem possíveis de serem pagos, mas a indenização nestes casos é um remédio para amenizar o dano sofrido.

Cabe salientar que na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente por ser impossível tal equivalência. Além disso, existe uma liberdade dada ao juízo para apreciar o dano; sendo o juiz desobrigado a declarar os fatores em que se baseou para delimitar a extensão dos prejuízos, poderá até mesmo abstrair das circunstâncias do caso.

O autor Martinho Garcez Neto informa:

2 DINIZ, M.H. 1997. Indenização por dano moral – a problemática do *quantum*. *Revista Consulex*, 1(3):29-32.

DOUTRINA

“que se poderá fazer tantas liquidações quantas forem necessárias para a avaliação do dano e fixação definitiva da condenação. Se o dano for comprovado, ele deverá ser reparado, competindo ao prudente arbítrio judicial examinar os fatos, apreciar as provas e fixar um valor para a indenização, que nunca representará um enriquecimento indevido. Para tanto o órgão judicante pode recorrer ao conselho de peritos, às presunções *hominis* ou *facti*, ou melhor, ao que é ditado pelas normas de experiência sob a égide do critério *boni viri*. Enfim, deverá empregar, mesmo que a extensão do dano não fique demonstrada, todos os recursos de seu prudente arbítrio, examinando indícios e presunções para a fixação do *quantum* da indenização a que tem direito o lesado direto ou indireto.”³

Na esfera trabalhista um dos requisitos para a configuração da relação empregatícia é o salário, segundo o preceito contido no art. 3º da CLT, que segue:

“Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

O salário é um indicativo não apenas da importância das funções que o empregado exercerá como também um parâmetro razoável para apuração de eventual dano moral, por indicar, ainda que indiretamente, tanto qual o padrão de vida afetado pelo dano moral como a condição financeira do causador do dano.

Desta feita, quando possível, deve-se nortear o critério da indenização por dano moral, multiplicando-se por fatores diversos, dentre eles, a remuneração do empregado, ainda que o número de remunerações possa variar, de acordo com a natureza e a gravidade do dano causado. Por tratarmos de critérios subjetivos de análise do magistrado, devemos acreditar no bom-senso, bem como que as decisões são justas, especialmente porque se submetem ao duplo grau de jurisdição, e se algum equívoco foi cometido pela instância *a quo*, a instância *ad quem* poderá rever a situação.

A indenização recebida a título de dano moral pelo empregado não tem natureza salarial. Mesmo que seja originada na relação de emprego, trata-se de uma reparação do dano, ou seja, repara um ato ilícito praticado pelo empregador durante a relação empregatícia, adentrando, portanto, a esfera da responsabilidade cível.

3 GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

Ainda assim, não se pode confundir o fato de que a indenização é calculada tomando-se por base de cálculo o salário, com a afetação da própria natureza jurídica do valor pago, que terá natureza indenizatória. Por isso, Amauri Mascaro Nascimento distingue salário e indenização, e afirma:

“a diferença entre indenização e salário se faz a partir da causa: na indenização, o dano; no salário, o trabalho prestado, a disponibilidade ao empregador ou as interrupções do trabalho nas quais a remuneração é devida. O salário não é pago porque o trabalhador sofre um dano: é devido mesmo sem qualquer dano. A indenização não se destina a retribuir o trabalho prestado, a disponibilidade ao empregador ou as interrupções do trabalho. Quanto a estas últimas, uma doutrina de direito do trabalho, hoje superada, considerava os pagamentos que a elas se relacionassem indenizatórios. Atualmente, não mais é defensável essa tese. Distinguem-se o salário e indenização também segundo a finalidade dos dois institutos. A indenização visa à recomposição de um patrimônio ou de um bem jurídico. O salário não tem finalidade de recompor patrimônio. O seu fim é pagar o trabalhador como sujeito do contrato de trabalho, acrescentando um bem econômico ao seu patrimônio, no sentido de preenchimento de algumas das suas necessidades vitais. Note-se ainda que a indenização é quase sempre imediata e única, enquanto que o salário é continuado.”⁴

Portanto, é possível concluir que o valor decorrente da condenação judicial ou de acordo judicial referente ao dano moral, por ter natureza indenizatória, não sofre a incidência do imposto de renda e nem a contribuição previdenciária, conforme vem decidindo o STJ, reiteradamente, nos últimos tempos.⁵

1.2 – A indenização do dano moral pelo assédio ao trabalhador doméstico

A indenização do dano moral nas relações do trabalho doméstico é determinada pela responsabilidade civil tratada no Código Civil de 2002, bem como é constitucionalmente norteadas pelo princípio da dignidade humana, que não discrimina e impõe a não discriminação.

O trabalhador doméstico é uma das figuras mais assediadas moralmente no Brasil, contudo, mesmo havendo grande aumento das ações de dano moral

4 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985. p. 54-55.

5 Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89640>.

na justiça brasileira a classe doméstica tem tido dificuldade de comprovar que foi lesada pelo empregador, ou seja, não consegue provar o dano moral sofrido, afastando, pelo descumprimento do ônus probatório, a possibilidade de reparação. A isso se somem um baixíssimo índice de sindicalização e um acesso mais deficiente a serviços jurídicos, para se chegar aos danos não reparados como regra.

Isto porque o empregado doméstico, na maioria das vezes, está sozinho com o empregador e, no momento do dano, não há testemunhas para relatar a lesão, e, outras vezes, o medo e a pressão psicológica impedem de buscar os direitos a que fazem jus.

A bem da verdade, quanto mais assediador, castrador e rigoroso for o empregador, menor a possibilidade de que ele venha a permitir que o empregado doméstico receba visitas de conhecidos ou outros integrantes de sua categoria, testemunhas em potencial. Por isso é que os juízes terão que avaliar, muito bem, os casos em que o trabalhador se vale de câmeras, celulares ou gravadores para registrar os assédios, principalmente diante da segura impugnação desses elementos, por invadirem a privacidade do empregador, registrando fatos ocorridos no seu domicílio, como se ele fosse um campo neutro e inatingível para a prática de arbitrariedades.

É evidente que o assédio pode tomar proporções que ultrapassem os muros do domicílio do empregador, quando ofensas ou destemperos forem proferidos em público ou em altos brados, mas sempre se deverá contar que mesmo um vizinho que não concorde com isso terá resistência em ter um “inimigo morando ao lado” ao se dispor a depor, sem contar que é mais provável que o vizinho se identifique com o empregador e não com o empregado, o que alterará o seu juízo acerca de “quem tem razão”.

Isso, entretanto, não afasta nem a ocorrência de danos morais aos domésticos (antes amplia essa hipótese), nem torna possível discriminar o trabalhador doméstico, como se ele não fosse protegido contra os atos discriminatórios ou atentatórios à sua honra, incolumidade física, saúde ou dignidade.

Cabe ressaltar neste trabalho, mais especificamente, neste tópico, o princípio da não discriminação, fruto da Constituição de 1988, nascido no berço da democracia brasileira e que norteia a própria dimensão da cidadania (que não admite que direitos e respeito se estabeleçam de forma diferenciada, apenas em razão de sexo, cor, etnia, classe social ou nível profissional). A ideia de que os trabalhadores mais humildes são menos capacitados ou intelectualmente dotados deita raízes na própria escravidão, sendo abominável jurídica e moralmente.

E, nesse contexto, enquadrado, com grande ênfase, o trabalhador doméstico, seja ele a mulher que vai a domicílio diariamente arrumar a casa ou o jardineiro que cultiva as flores das grandes residências; o motorista que conduz os filhos do empresário aos seus compromissos e até a enfermeira contratada para cuidar de pessoa idosa, em domicílio alheio. O que insere o trabalhador na categoria doméstica é tanto o serviço ser realizado no âmbito residencial da pessoa ou família quanto o caráter não lucrativo⁶.

Entretanto, não é fato do trabalho ser realizado dentro do âmbito residencial que mantém o direito impedido de ultrapassar as suas portas. O doméstico, que, como qualquer outro trabalhador, possui direitos e deveres sociais, e quanto maior a hipossuficiência, maior deverá ser a tutela estatal de proteção, mormente quanto à discriminação.

A discriminação é definida por Alberto Emiliano de Oliveira Neto, que define:

“O princípio da não discriminação tem relação umbilical com o princípio da igualdade, este representante de etapa do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais como visto. Pode-se dizer, inclusive, que o princípio da não discriminação é fruto de processo evolutivo constatado sobre princípio da igualdade, ao passo que a mera igualdade perante a lei, própria do estado liberal, não se mostrou suficiente para tutelar os indivíduos.”⁷

Trago tal princípio neste item por entender que a classe trabalhadora doméstica, por vezes é discriminada quanto aos benefícios concedidos pela lei trabalhista aos demais trabalhadores, além de haver também uma discriminação da própria sociedade (e até dos integrantes da categoria) com relação a essa atividade, quiçá por se considerar que para exercê-la não é necessário nem um conhecimento técnico ou virtude. Não são raros os casos de trabalhadores domésticos que pedem para não ter a CTPS anotada com essa menção, para não “sujá-la” com essa condição.

Bem ao contrário, os trabalhadores domésticos exercem funções essenciais, não sendo poucos aos quais se atribui a própria formação psicológica e

6 A Lei nº 5.859/73, regulamentada pelo Decreto nº 71.885/73, define empregado doméstico como aquele que presta serviços de natureza contínua e finalidade não lucrativa à pessoa ou família, para o âmbito residencial desta, com pessoalidade, subordinação, continuidade e onerosidade

7 OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.176, 20 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8950/o-principio-da-nao-discriminacao-e-sia-aplicacao-as-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

moral das crianças, quando os pais, distantes por seu próprio trabalho, estão impedidos de impor limites e ensinar os fundamentos da vida prática, sem contar que são eles que podem tornar um lar confortável, acolhedor, saudável ou, contrariamente, um lugar onde nada disso se encontra.

Há, nessa seara, salários miseráveis e até trabalho escravo e infantil (não são poucas as crianças pobres que são “adotadas” e que, desde a tenra idade, cuidam dos filhos dos patrões, tanto nos grotões quanto nas capitais do Brasil)⁸. Não se pode, por outro lado, deixar de reconhecer que, na maioria dos casos, os trabalhadores domésticos são privilegiados, com refeições e banhos quentes, conforto superior ao que teriam em suas próprias casas e até serviços que permitem intervalos superiores aos concedidos a outros trabalhadores com igual especialização, além de laborar seguro e não estar sujeito às intempéries etc.

O problema é achar que o trabalhador doméstico não sofre dano moral, sofre em menor intensidade ou não tem direito a indenização. O dano moral atinge os domésticos com a mesma (ou maior) intensidade que trabalhadores de outras categorias, embora a dificuldade de prova ou acesso aos tribunais, bem como a grande informalidade que ainda impera nessa atividade possam dar impressão diversa.

Em verdade, o direito do trabalho parece caminhar mais devagar quando o assunto é o trabalhador doméstico. Se o atingimento de patrimônio não material do trabalhador restringia-se ao campo da moral, sem consequências jurídicas, e se foi preciso que fosse sendo considerado pela medicina e pela psicologia, para que, ingressando no direito pelo ramo civil, penetrasse na esfera trabalhista, também é verdade que, apenas por último, ingressou na esfera do direito do trabalho dos domésticos, que sempre tiveram sua tutela contida pelo sistema normativo.

Se, por um lado, a outorga de direitos excessivos leva ao temor de contratar, não sendo desprezível o número de trabalhadores domésticos no Brasil (segundo o IBGE, nos grandes centros, os domésticos representam 8%

8 O trabalho doméstico está proibido no Brasil para menores de 18 anos. A proibição vale desde o dia 12 deste mês, quando entrou em vigor o Decreto nº 6.481, assinado em 12 de junho de 2008 pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que lista as piores formas do trabalho infantil. Antes do decreto, era legal a contratação – desde que registrada em carteira – de maiores de 16 anos e menores de 18 para exercer serviços domésticos. Em todo o país, existem cerca de 410 mil crianças e adolescentes que trabalham como domésticas – ou 8% do trabalho infantil no Brasil, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Números do instituto apontam que o decreto exige a retirada do mercado de 245 mil pessoas com idade entre 16 e 17 anos. Os menores de 16 já estavam proibidos de trabalhar até pela antiga legislação. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u446189.shtml>>.

aproximadamente [cerca de 7 milhões de trabalhadores domésticos] da população economicamente ativa), por outro lado, sem que haja a preservação da dignidade, o número de empregos ofertados será uma variável desprezível, do ponto de vista humano.

A realidade é que há empregados domésticos atingidos em sua dignidade, vítimas de assédio moral e até sexual e que, por serem uma categoria com baixa sindicalização e formação, acabam por assimilar essas ofensas, inaceitáveis jurídica e moralmente.

O empregado doméstico lesado moralmente, e, por vezes, sexualmente, não sabe (e seria necessário disseminar uma cultura cidadã), mas é protegido pelo ordenamento jurídico, ainda que, por vezes, não possa invocá-lo sem danos graves (perda, por exemplo, do teto e do emprego, na mesma oportunidade, o que, se aliado a uma falsa imputação de justa causa, poderá conduzi-lo ao banco da praça).

Porém, a dificuldade estendida a estes profissionais encontra-se na esteira da comprovação dos fatos que os afligem.

São várias as hipóteses de ocorrência de dano moral que vão do assédio à violação da privacidade – seja pelo buraco da fechadura, seja pela câmera indiscretamente instalada, seja pela revista dos pertences, seja pela violação da correspondência, seja pela filtragem de telefonemas (ou a escuta na extensão) – seja pelo maltrato, seja na ameaça ou na agressão física, seja pela atribuição de um cardápio restrito a restos de comida, seja pela atribuição de alcunhas não desejadas, seja por manifestações de racismo etc. Os exemplos seriam muitos...

O mais comum com relação aos trabalhadores domésticos, não contemplados pelo regime de limitação de horas, é a exigência descabida de atenção integral, 24 horas por dia, com supressão de férias e ameaça de dispensa, como se verifica do aresto:

“EMPREGADA DOMÉSTICA. CUIDADOS DE HIGIENE, CONFORTO E SAÚDE DE SENHORA IDOSA E DOENTE. ATRIBUIÇÕES EXCESSIVAS. RECUSA. JUSTA CAUSA AFASTADA. Tarefas demasiadas a quem não tinha condições de suportar tantas responsabilidades. Embora o trabalho doméstico não esteja submetido a jornada fixa, é óbvio que há de se limitar o tempo em que a empregada permanecerá à disposição do empregador. Ainda que também não se aplique ao caso o art. 66 da CLT, que prevê a obrigatoriedade de descanso mínimo de 11 horas consecutivas entre duas jornadas, é certo que esse parâmetro deve ao menos ser utilizado como referência de tempo míni-

mo necessário para que se possam restabelecer as energias até que nova jornada de trabalho seja iniciada sem prejuízo de sua saúde. Dedicção exclusiva acrescida da responsabilidade de prestar cuidados de higiene e conforto ao paciente e zelar por sua segurança, mediante alimentação e uso de medicamentos. Recusa em permanecer de vigília, à noite. Ato justificado pelo excesso de trabalho. Justa causa afastada. Recurso da autora a que se dá provimento.”⁹

O difícil será sempre a produção da prova, seja porque o empregador detém os meios, seja porque pode restringir o acesso de testemunhas, seja porque quem tem acesso ao domicílio patronal é pessoa de confiança dele. O aresto abaixo é bastante emblemático dessa condição:

“EMPREGADA DOMÉSTICA. RESCISÃO INDIRETA. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. Incumbe ao autor da ação a prova dos motivos ensejadores da rescisão indireta do contrato de trabalho e da ocorrência de assédio moral.”¹⁰

O mais difícil ainda será não tolerar abusos, quando há uma possibilidade bastante grande de, diante de dificuldades de relacionamento, o empregado se ver, no mesmo dia, sem emprego e sem casa, para não falar nos casos em que o próprio acesso aos pertences pessoais é dificultado pelo empregador.

Não se pode perder de vista ainda o forte componente emocional, nem afastar as situações em que o empregado doméstico é que é o agressor, principalmente contra crianças e idosos, de forma absolutamente covarde e inaceitável, a indicar tanto a rescisão por justa causa do contrato de trabalho como a comunicação às autoridades policiais, para os fins de direito.

Podemos observar o ciclo vicioso que o dano moral cria na vida desses domésticos, cuja intimidade com o empregador torna-se elemento característico da profissão: o trabalho na residência, o dia a dia com os patrões e seus familiares, a própria necessidade humana de conversar e conviver, criam vínculos fortes entre ambos e por vezes tortuosos para o empregado que, em vitimado por abuso moral, terá dificuldades em encontrar apoio psicológico, principalmente quando dormir no emprego e seus familiares morarem em local distante.

Neste contexto encontramos casos como os abaixo:

9 (TRT da 2ª Região – RO-RS 01883-2006-020-02-00-2 – (20090330948) – 11ª T. – Rel. Juiz Eduardo de Azevedo Silva – DOE/SP 19.05.09) Disponível em: <<http://direitodomestico.com.br/?p=2163>>.

10 (TRT da 12ª Região – RO 04587-2008-018-12-00-4 – 6ª C. – Rel. Roberto Basilone Leite – J. 05.10.09)

DOCTRINA

“10ª Turma do TRT-MG manteve a condenação de um casal ao pagamento de indenização por assédio moral à ex-empregada doméstica, que era tratada com desrespeito, sendo chamada por nomes ofensivos e que faziam referência à sua raça. As filhas dos reclamados, inclusive, utilizaram um *site* de relacionamento da internet para ofender a trabalhadora, que era chamada de gorda, ladra e neguinha”.¹¹

“Empregada acusada de furto ganha indenização por dano moral. Depois de ser acusada de furtar uma quantia em dinheiro na residência em que trabalhava a empregada doméstica G.J.S.M. ganhou na Justiça do Trabalho indenização por dano moral, em decisão na última quinta-feira (27) da juíza Maria Rafaela de Castro, da Vara do Trabalho de Guajará-Mirim (RO).”¹²

É possível extrair do caso transcrito o desrespeito à dignidade da pessoa humana, a humilhação moral e a agressão verbal direta ao psicológico destas trabalhadoras. O dano moral, nestas situações, é realmente sem valor possível e existente para sua indenização, podendo até dizer-se que pode ser irrecuperável perante a honra.

Além dos casos acima, há diversos outros, cujo teor é o desrespeito com a empregada doméstica, agressões verbais, ameaças físicas e, até mesmo, assédio sexual após longo tempo de assédio moral.

Segue decisão condenando o empregador ao pagamento pecuniário referente a dano moral praticado, e percebe-se a dificuldade de fazer-se prova nestes casos como falamos anteriormente.

“TRT da 3ª Região. Responsabilidade civil. Dano moral. Empregado. Empregada doméstica. Trabalhador doméstico. Acusação de furto. Verba fixada em R\$ 3.000,00. CF/88, art. 5º, V e X. CCB/02, arts. 186 e 927. Lei nº 5.859/72.

(...) O direito à indenização por danos morais requer a presença de pressupostos específicos para ser reconhecido: ato ilícito, nexo de causalidade, culpa omissiva ou comissiva e implemento do dano, pressupondo a lesão dor física ou moral pela ofensa a bem jurídico inerente aos direitos da personalidade, como o nome, capacidade, honra, reputação,

11 TRT de Minas Gerais, Processo nº (RO nº 01371-2009-152-03-00-6). Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=3527&p_cod_area_noticia=ACS>.

12 Disponível em: <http://celinonet.blogspot.com/2010/11/empregada-acusada-de-furto-ganha.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+DanoMoral+%28Dano+Moral%29>.

imagem, integridade física e tudo aquilo que seja a expressão imaterial do sujeito (...).”¹³

1.3 – Aspectos relevantes da fixação do valor da indenização

Ao tratarmos do parâmetro para indenizar o dano moral, encontramos inúmeros estudos na doutrina a respeito do critério de fixação do valor da indenização. O fato de inexistir parâmetros legais para a matéria torna-a muito complexa à seara jurídica.

Para comentarmos o dano moral, é importante atentarmos aos parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório, tendo em vista o critério subjetivo do juízo quanto à fixação da penalidade ao dano moral nas relações do trabalho doméstico, como exposto no presente trabalho.

O autor Yussef Said Cahali afirma:

“Ao tratar da quantificação pecuniária da composição do dano moral, verifica-se que não existe na relação trabalhista, como também na civil, qualquer regra estabelecendo seus parâmetros. Deve prevalecer o critério de arbitramento previsto no Código Civil.”¹⁴

O direito brasileiro utiliza o critério abstrato, ou seja, o magistrado tem o poder de utilizar a sua prudência para definir o valor da composição do dano moral, não sendo necessário restringir-se ao valor pleiteado, diferente do direito francês, que o valor do dano moral é tabelado, restando ao juiz critérios objetivos para sua fixação.

Após a Constituição da República de 1988, que assegura nos incisos V e X do art. 5º o direito a indenização por dano moral, diversos doutrinadores entendem que não existe uma tarifação nas indenizações por dano moral. Sendo assim, o critério abstrato é o que rege a fixação do dano moral brasileiro.

Mesmo que haja exceções ao critério abstrato, como a lei de imprensa – Lei nº 5.250/67, que prevê limites à indenização –, cuja recepção pela Carta Magna foi questionada.

O autor Yussef Said Cahali informa:

13 TRT da 3ª Região – Disponível em: <<http://www.juslaboral.net/2009/02/trabalho-domestico-e-horas-extras.html#ixzz1GtaWqo7>>.

14 Cahali, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DOCTRINA

“(...) a liberdade é ampla, ficando a fixação do *quantum* ao prudente e livre-arbítrio do julgador.”¹⁵

Conforme orientação jurisprudencial, os parâmetros para a fixação do valor do dano moral devem considerar: a possibilidade econômica do ofensor, o grau de culpa e a gravidade da lesão.

Segue abaixo os critérios do valor da fixação do dano moral resultante das jurisprudências:

“DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO. A reparação justa do dano moral é matéria das mais complexas e difíceis de mensurar. Para a fixação da indenização por dano moral é necessário considerar a posição funcional da autora, a repercussão da ofensa, as circunstâncias fáticas da causa, a gravidade e a extensão do dano e as condições econômicas do réu.”¹⁶

Ainda neste sentido:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. No que diz respeito ao *quantum* da indenização, predomina o critério do arbitramento pelo juiz, o qual deve considerar, dentre outros critérios, a capacidade financeira do ofensor e a do ofendido, *a compensação da dor ou do sofrimento experimentado pela vítima, o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente, além da prudência no arbitramento, a fim de evitar tanto o enriquecimento sem causa da vítima como a ruína do empregador.*”¹⁷

Ademais, o STJ vem adotando este posicionamento quanto à indenização do dano moral:

“O valor do dano moral tem sido enfrentado pelo STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir.”¹⁸

Desta feita, na doutrina, encontramos definições que utilizam princípios norteadores para quantificar o dano moral no montante geral.

O autor Yussef Said Cahali ensina:

15 Cahali, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

16 BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo nº 05800-2003-001-12-85-1. Acórdão nº 10.494/07 – Juíza Sandra Marcia Wambier – Publicado no TRTSC/DOE em 24.07.07

17 BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Processo nº 00766-2005-012-12-00-1. Acórdão nº 5.655/07 – Juíza Lourdes Dreyer – Publicado no TRTSC/DOE em 04.05.07

18 BRASIL, STJ. 2ª turma. REsp nº 860.705. Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 16 de Nov. de 2006.

DOUTRINA

“o juiz deverá ter em conta as particularidades de cada concreto, e valer-se de certos princípios informadores da quantificação do dano moral em geral. Assim, na quantificação do valor a ser deferido àquele que sofreu o dano, deve-se considerar os efetivos prejuízos morais sofridos pela vítima, a sua condição econômica, a posição social que desfrutava, o seu conceito entre os colegas e na sociedade, a projeção de sua atividade para o futuro e a situação à qual se viu reduzido.”¹⁹

Ainda, o mestre Rui Stoco afirma:

“A vítima (...) deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ao extremo de se ofender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório.”²⁰

Ademais, encontramos as referências legais quanto ao tema em questão: Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – 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.”

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,

19 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

20 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

DOCTRINA

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.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

Código Civil de 2002:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Lei nº 9.029, de 14.04.95:

“Art. 4º 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:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

D O U T R I N A

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

Existem inúmeros argumentos justificadores do sistema aberto, ou seja, dos critérios subjetivos de análise do juízo para a fixação da quantia da indenização, e, claro, com os parâmetros já analisados e demonstrados pelas jurisprudências.

Verifica-se que o entendimento geral dos doutrinadores encontra respaldo no sistema aberto que possibilita o arbitramento da indenização de forma mais justa, mais equitativa, demonstrado pelo juízo de valores do próprio juízo singular; que analisa cada caso, na sua particularidade, através de seus critérios subjetivos e pela complexidade do dano causado ao agente lesado.

Assim, podemos concluir que o valor da condenação do ofensor deve ser proporcional, tanto economicamente quanto à gravidade da lesão e à culpabilidade, ou seja, deve-se analisar quanto maior a lesão maior deve ser o *quantum* indenizatório, bem como, quanto maior for o grau de culpa maior deve ser o valor a ser fixado a título de composição do dano moral.

O que não se pode perder de vista, no caso específico da doméstica, em que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser alegado pelo empregador, é que a fixação de valores excessivamente altos, além de implicarem em locupletamento ilícito do trabalhador, podem implicar na perda da habitação pelo empregador com o que o direito não deve pactuar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, STJ. 2ª Turma. REsp nº 860.705. Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 16 de nov. de 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 7. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 5-8.

_____. 1997. *Indenização por dano moral – a problemática do quantum*. Revista Consulex, 1(3):29-32.

GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Manual do salário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985. p. 54-55.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=89640

<http://www.juslaboral.net/2009/02/trabalho-domestico-e-horas-extras.html#ixzz1GgtaWqo7>

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u446189.shtml>

<http://direitodomestico.com.br/?p=2163>

O DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988*

Ingo Wolfgang Sarlet**

Bom dia a todos. Eu gostaria de saudar imensamente o Exmo. Ministro Dalazen, que preside esses trabalhos e agradecer-lhe pelo honroso convite para integrar o presente painel. Saúdo igualmente o Senador Aloysio Nunes Ferreira, que também integra a mesa, e gostaria de saudar também os Ministros Lelio Bentes, Kátia Arruda e Luiz Philippe Vieira de Mello, que coordenam o evento. Saibam que me sinto honrado e privilegiado. Sinto-me duplamente honrado, pois além de não ser alguém que atua na área do Direito do Trabalho em caráter profissional, também não leciono Direito do Trabalho. Assim, minha perspectiva forçosamente terá de ser a do Direito Constitucional, com ênfase nos Direitos Fundamentais. Em síntese, o que pretendo é traçar alguns contornos do direito de greve como direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A greve no serviço público é um direito fundamental que já nasceu polêmico até mesmo quanto à sua própria condição de direito fundamental. Evidentemente, isso acabou sendo resolvido em parte pela Constituição de 1988, que, no Brasil, sucedeu uma fase de proibição também da greve no serviço público, especialmente nas Constituições anteriores e inaugurou, portanto, uma nova era, não só em relação à greve no setor privado em geral, mas especialmente em relação à greve no serviço público. É do conhecimento de todos que isso não é assim em boa parte do Direito Comparado. Há várias ordens jurídicas que limitam fortemente o direito de greve no serviço público, especialmente em relação a algumas categorias. Há países que proscrevem a greve no serviço

* Texto apresentado no “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho entre os dias 25 e 27 de abril de 2012.

** *Juiz de Direito no RS e Juiz do Pleno do TRE do RS; doutor e pós-doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha; professor titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.*

público, inclusive no plano constitucional, visto que algumas constituições vedam expressamente a greve no serviço público em geral ou para algumas categorias. Portanto, no Brasil, também quanto a esse aspecto, a Constituição seguiu uma linha que, no Direito Comparado, não é única nem exclusiva, mas é também uma linha que está crescendo ao longo das constituições mais recentes, especialmente das novas constituições latino-americanas, em alguns outros países que também passaram a reconhecer o direito de greve no serviço público.

Todavia, ao reconhecer o direito de greve no serviço público, a nossa Constituição – e aqui não estou dizendo nenhuma novidade – consagrou tal direito em um capítulo próprio, no âmbito do regime constitucional da Administração Pública e não no título dos direitos e garantias fundamentais e nem mesmo no capítulo dos direitos dos trabalhadores, onde acabou sendo alocado o direito de greve do trabalhador na esfera privada. Essa diferença de localização no texto, como se sabe, não é necessariamente determinante para se fazer do direito de greve um direito especial e sujeito, por via de consequência, a um regime jurídico-constitucional distinto. Por outro lado, não foi por acaso que a greve do servidor público foi contemplada em um capítulo próprio. É que o nosso constituinte realmente quis – ao contrário de outras constituições – contemplar o serviço público e a Administração Pública em geral com um conjunto de princípios e regras próprios, diferenciados. Portanto, criou um estatuto especial do serviço público e da Administração Pública no nosso Texto Constitucional. Que isso há de ser determinante para algumas interpretações e algumas conclusões, parte das quais já é de todos conhecida no cenário brasileiro, não é possível desconsiderar pura e simplesmente.

Como o tempo de nossa exposição é bastante limitado, restringirei-me a revisitar algumas questões que, embora possam parecer óbvias, não são necessariamente óbvias, especialmente em relação às suas consequências. De resto, o óbvio não é, por ser óbvio, menos relevante e atual. São questões que decorrem quase que naturalmente da leitura do nosso texto constitucional, embora parte já tenha sido enfrentada pela jurisprudência e parte esteja à espera, evidentemente, de uma maior regulamentação. A primeira pergunta que se faz é se a greve do servidor público foi assegurada na condição de um direito fundamental. Afirmar isso é uma coisa, mas que assim o seja, poderá ser outra. Em caso afirmativo, quais são as consequências dessa condição de direito fundamental? Uma terceira pergunta diz com o tipo de norma que está contida no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, que consagra a greve no serviço público. Qual o âmbito de proteção objetiva e subjetiva desse direito fundamental e quais são os titulares desse direito? Há alguma interpretação restritiva eventualmente a alguma categoria do serviço público ser constitucionalmente ilegítima? Quais

são os limites do direito de greve no serviço público? Por último: quais são os limites desses limites? Quais são os critérios que se pode utilizar para controlar eventuais restrições ao exercício do direito de greve, como acontece com qualquer direito fundamental?

Tais perguntas já se justificam, pois a afirmação da condição de direito fundamental é, em geral (pelo menos no Brasil é possível endossar tal enunciado), acompanhada de um conjunto de prerrogativas que podem, a depender do sistema jurídico-constitucional, ser transversais, no sentido de serem comuns a todos os direitos fundamentais, onde quer que ele esteja sediado na constituição, mas também poderá haver direitos fundamentais submetidos a um regime de proteção menos ou mais rigoroso. Especialmente se olharmos para o direito comparado e mesmo internacional, veremos que as respostas são mesmo bastante diferenciadas.

Por outro lado, a resposta adequada ao direito brasileiro há de guardar sintonia com um complexo de fontes normativas que informa esse direito (mas também os demais direitos fundamentais), a sua configuração, e evidentemente também deve informar a sua interpretação. Aliás, o direito de greve do servidor público, no meu sentir, é um dos melhores exemplos para mostrar como no Brasil a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais é relevante e como é essencial que seja bem compreendida. Pessoalmente fui até mesmo criticado por seguir afirmando que existe, a partir de determinados critérios, uma diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Com efeito, o direito de greve no serviço público, como direito humano, na condição de direito assegurado a todos e a qualquer um pela perspectiva do Direito Internacional, portanto, do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, é um direito diferente do que está na nossa Constituição, pelo menos em termos gerais, porque todos sabem que no sistema internacional os países não são proibidos de proibir a greve pelo menos em alguns ramos do setor público. Outros exemplos, ainda em sede trabalhista, são o direito ao 13º salário e o direito ao adicional de um terço dos vencimentos sobre as férias, que não são reconhecidos em geral nas constituições contemporâneas e nem assegurados em sede de convenção internacional, nem mesmo no âmbito do sistema da OIT. A nossa Constituição, contudo, reconhece ambos os direitos como direitos do trabalhador no Título dos direitos e garantias fundamentais, assim como reconhece a greve no serviço público!

Não se pode olvidar que direitos fundamentais são sempre posições jurídicas asseguradas aos cidadãos de um país determinado (e àqueles que são incluídos nesse grupo por força da Constituição), posições que recebem um

tratamento jurídico diferenciado, no sentido de um regime jurídico qualificado. Assim, mesmo que o direito em si (vida, liberdade, saúde, etc.) seja nominalmente o mesmo, os direitos fundamentais de uma determinada ordem constitucional não são necessariamente idênticos aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais. Tanto os Estados seguem “senhores” (até certo ponto...) dos tratados, pois não são obrigados a aderir aos mesmos, quanto o valor do tratado no sistema interno é igualmente diferenciado. Os direitos enunciados nos tratados, por outro lado, não são necessariamente os mesmos plasmados nas constituições, pois estas poderão não recepcionar parte dos direitos humanos de matriz supranacional ou mesmo poderão ir além do constante nos tratados. O quanto a ordem constitucional deve ceder à normativa internacional e, em especial, o quanto o sistema internacional oferece um piso em matéria de direitos e não um teto, é algo que segue relevante e controverso.

A Constituição de 1988 já havia incorporado ao seu texto a absoluta maioria dos direitos previstos no sistema internacional (e regional) mesmo antes de ter incorporado em definitivo os respectivos tratados, como se deu, pela sua relevância, com os dois pactos da ONU de 1966 (direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais) e a Convenção de São José da Costa Rica. Já por tal razão a perspectiva constitucional segue tão importante, ainda mais no caso brasileiro. Direitos fundamentais, portanto, são, numa primeira aproximação conceitual, todos os que foram assim expressamente designados pelo constituinte (Título II da Constituição Federal), além daqueles que, na esteira do que dispõe o art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental, integram, na condição de decorrentes do regime e dos princípios constitucionais e por estarem previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o nosso catálogo constitucional.

Considerando que a greve no serviço público, mais precisamente o direito de greve no serviço público, foi contemplado no texto constitucional, mas não no Título II, em relação aos quais o próprio constituinte deixou clara a sua decisão de assegurar os direitos e garantias ali enunciados como direitos fundamentais, a pergunta sobre o direito de greve do servidor público ser ou não fundamental não deveria causar consternação. A existência de direitos constitucionais que não são também e ao mesmo tempo direitos fundamentais é possível, bastando que não se estenda aos direitos “meramente” constitucionais as mesmas prerrogativas, em outras palavras, o regime jurídico dos direitos fundamentais que será sempre um regime jurídico mais reforçado.

A tese de que, ao consagrar o direito de greve do servidor público em capítulo distinto e mediante formulação distinta daquela estabelecida para

o direito de greve do trabalhador em geral o constituinte precisamente não pretendeu consagrar a greve no serviço público como direito fundamental não pode – ainda mais tendo em conta o marco normativo internacional e comparado – ser de plano tida como necessariamente absurda e completamente divorciada da nossa constituição.

Mas esta – assim também sempre o consideramos – não é a melhor exegese e também não foi a que acabou prevalecendo ao fim e ao cabo na esfera da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precisamente no que diz com a identificação, em outras partes do texto constitucional, mas também na esfera dos assim chamados direitos de caráter implícito, o papel do intérprete derradeiro da Constituição, que por força da própria ordem constitucional assume a função de ser seu guardião maior, é de extrema relevância, ainda mais quando se cuida de órgão que decide de modo vinculativo e que pode afirmar a sua autoridade em relação aos demais órgãos jurisdicionais, para além de exercer o controle dos atos dos demais órgãos estatais. Foi o Supremo Tribunal Federal o responsável, após uma fase que se poderia designar de mais cautelosa (timidez não seria o termo adequado), por afirmar que o direito de greve do servidor público é direito fundamental de cunho instrumental, no sentido de que se cuida de direito que assegura as condições de lutar legitimamente pela efetividade de outros direitos. De outra parte, importa reconhecer que nesse sentido, como direito a lutar por direitos e se opor a condições iníquas na esfera do trabalho, o direito de greve do servidor público não se revela substancialmente distinto, quanto à sua função essencial, do direito de greve assegurado ao trabalhador em geral, ainda que isso se possa eventualmente discutir em relação a algumas categorias de servidores públicos e não impeça o estabelecimento de limitações mais rigorosas a depender do caso, o que será objeto de nossa atenção logo adiante.

De todo modo, percebe-se que a depender da orientação adotada por um Tribunal que exerce as funções de corte constitucional, um direito pode passar a ser e mesmo deixar de ser fundamental ou ser mais ou menos fundamental do que outros. Não faz muito tempo, apenas para ilustrar, que o direito de greve no serviço público era considerado como tendo sido assegurado por norma não autoaplicável e o Supremo Tribunal Federal (embora o registro da existência de posições divergentes entre os Ministros) limitava-se pura e simplesmente a comunicar a decisão do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão ao Congresso e seguia-se – como ainda (mas já de modo distinto) o é hoje – esperando pela manifestação do Poder Legislativo, embora isso não signifique a inexistência absoluta de fontes normativas (inclusive lei interna) para definir o âmbito de proteção do direito de greve do servidor público.

Com efeito, embora o STF (ainda) não reconheça a hierarquia constitucional dos tratados, incluindo, portanto, as convenções da OIT, tivemos um considerável avanço nessa seara, em especial com o reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Tais tratados e convenções atualmente prevalecem sobre qualquer norma interna de matriz infraconstitucional, de modo que tal normativa não apenas já regulamenta a Constituição, como, no caso dos direitos do trabalhador e do direito de greve em especial, não poderia ser contrariada pelas leis brasileiras. A normativa da OIT, portanto, orienta e informa a interpretação concreta da aplicação do direito de greve no serviço público no Brasil. Não se trata apenas de considerar a Lei de Greve geral que já temos, tal como invocou o STF, mas também as convenções da OIT que dispõem sobre essa matéria e mesmo os demais tratados ratificados pelo Brasil que dispõem sobre o tema. Por outro lado, sendo o direito de greve do servidor público consagrado no plano constitucional e na condição de direito fundamental, e tendo o STF afirmado a prevalência da constituição em relação aos tratados, tal primazia deve ser considerada também quando da definição dos contornos dos titulares, do objeto e dos limites do direito de greve do servidor público, o que será analisado na sequência.

Tendo em conta que direitos fundamentais são, na acepção cunhada por Ronald Dworkin (e afirmada também para os direitos sociais por Jorge Reis Novais), uma espécie de trunfos contra a maioria, na fórmula adotada por Robert Alexy (que também define direitos fundamentais como posições subtraídas à livre disposição dos poderes constituídos), direitos fundamentais serão fundamentais tanto em sentido material (pela sua relevância para determinada ordem constitucional, embora não necessariamente para outras constituições) quanto em sentido formal, o que implica um conjunto de garantias a assegurar tais direitos uma força jurídica e proteção reforçada no âmbito da arquitetura constitucional.

Um dos elementos do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais que segue sendo objeto de intensa controvérsia é se todos os direitos fundamentais ou apenas uma parte dos mesmos podem ser considerados limites materiais à reforma constitucional, estando, nesse sentido, blindados contra a supressão e esvaziamento por parte até mesmo do poder reformador, por mais qualificada que seja a maioria disposta a extirpar o direito do sistema constitucional.

Embora o STF não tenha se pronunciado pela exclusão de algum direito fundamental do rol dos limites materiais (cláusulas pétreas) à reforma constitucional, há vozes isoladas no Tribunal que questionam isso em relação

a alguns direitos. Ora, se autores importantes já excluem parte dos direitos consagrados no Título II do elenco dos limites materiais, tanto mais o tema é controverso em se tratando de direitos previstos em outras partes do texto constitucional. Todavia, uma interpretação extensiva, que diz que todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, inclusive os previstos fora do Título II da Constituição Federal, dirá que sim, dirá que uma emenda constitucional não poderia suprimir o direito de greve no serviço público, não poderia proibir a greve e, eventualmente, talvez não pudesse sequer proibir a greve para alguns setores da Administração Pública e do serviço público, por ser cláusula pétrea constitucional. Ora, sabemos, como já adiantado, que na literatura especializada brasileira cada vez mais surgem vozes críticas em relação à interpretação extensiva das cláusulas pétreas, pois isso implicaria violação do princípio democrático, justamente pelo fato de se criar amarras ilegítimas ao legislador democraticamente legitimado, ainda mais quando as cláusulas pétreas limitam até mesmo as maiorias qualificadas da reforma constitucional. Portanto, quanto mais cláusulas pétreas, mais engessamos o processo político-democrático, a exemplo do que já preconizavam os franceses quando, na Constituição de 1793, consignaram que as gerações presentes não podem vincular as futuras a seus próprios projetos. Pessoalmente, comungo do entendimento de que todos os direitos fundamentais são, já por serem fundamentais, cláusulas pétreas, pois como direitos fundamentais integram a identidade da Constituição e necessariamente vinculam os poderes constituídos. O próprio STF já se pronunciou no sentido de que direitos dispersos no texto constitucional podem integrar as cláusulas pétreas, mas também sabemos que a depender da composição de uma corte constitucional e da opinião dos respectivos integrantes tal posição poderá ser alterada. Se o STF vier a adotar uma teoria mais restritiva na matéria, poderão vir a ser chanceladas emendas constitucionais supressivas de direitos trabalhistas ou mesmo outros direitos, embora por ora a tendência dominante não seja esta. Assim, assume relevo termos uma dogmática constitucional sólida nessa matéria e que seja compartilhada realmente pelos setores tanto do Judiciário quanto do Legislativo para podermos nos pautar no que diz com a ação dos poderes constituídos. Em síntese, na condição de direito fundamental, o direito de greve do servidor público constitui limite material ao poder de reforma da Constituição, embora com isso não se esteja a dizer que se cuida de direito absoluto e que não possa sofrer relevantes limitações a depender do caso.

O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais não se limita, por evidente, à proteção contra a ação do poder de reforma. De particular relevância é a discussão em torno da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, que, segundo doutrina e jurisprudência expressiva, cons-

titui prerrogativa de todas as normas de direitos fundamentais, o que, portanto, inclui o direito de greve do servidor público, muito embora a dicção do texto constitucional, quando se refere a direito exercido nos termos da lei. De acordo com o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, a ausência de lei não poderia obstar a fruição do direito pela mera omissão legislativa como de fato também já foi consagrado no âmbito do STF. Por outro lado, é preciso deixar consignado que a aplicabilidade imediata de uma norma de direito fundamental não significa também que se trate de direito não submetido a um conjunto de limites e que se cuide de direito imune a restrições.

No que diz com a sua origem, a regra da aplicabilidade imediata foi pela primeira vez, embora de modo parcialmente distinto quanto a sua formulação, prevista em uma Constituição pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, ao estabelecer, no seu art. 1º, III, que os direitos fundamentais vinculam diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Cuida-se, portanto, de algo relativamente recente na história constitucional e que nem sempre é assim reconhecido em todas as constituições e não necessariamente se aplica a todos os direitos e da mesma forma. Por exemplo, na própria Lei Fundamental da Alemanha não existem direitos sociais típicos, e em países como Portugal e Espanha, de modo geral, tais direitos não são dotados de aplicabilidade imediata e dependem de regulação legislativa. No Brasil, por força de uma orientação doutrinária e jurisprudencial, nossa tradição jurídica recente apostou na vinculação direta também dos direitos sociais, inclusive dos direitos do trabalhador. Cumpre registrar que os direitos e liberdades dos trabalhadores (dentre os quais o direito de greve e a liberdade sindical) são de aplicação direta no sistema português e espanhol, assim como em geral nas demais constituições. A localização topográfica do direito de greve do servidor público e mesmo a dicção do texto constitucional correspondente devem, portanto, ser conciliadas com a regra (e correlato princípio da máxima eficácia e efetividade) de aplicação imediata consagrada no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição e não podem conduzir a uma pura e simples subordinação do direito de greve do servidor público à vontade exclusiva do legislador infraconstitucional. Isso, aliás, foi bem anotado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Mandado de Injunção que afirmou a possibilidade de fruição do direito de greve dos servidores públicos mesmo sem lei ordinária correspondente. Também aqui se trata de um trunfo contra a maioria, como já sinalado. Que com isso não se responde tudo, resulta evidente, de modo que vamos enfrentar a próxima indagação, qual seja, a de quem é o titular do direito. Em suma, cuida-se de saber quem são efetivamente os sujeitos do direito de greve do servidor público e quem poderá decidir sobre isso.

DOCTRINA

Certo é que a nossa Constituição assegura, numa primeira aproximação, a greve ao servidor público de forma generalizada, embora expressamente tenha excluído os militares, a teor do disposto no art. 42. Uma interpretação extensiva, amiga de uma titularidade aberta e afinada aparentemente com a dicção constitucional, que, salvo os militares, não exclui qualquer outra categoria de servidor público, dirá que o direito de greve é de todo e qualquer servidor público. Cuida-se sem dúvida de uma interpretação que, nos seus traços gerais e essenciais, se revela como sendo constitucionalmente adequada, e, portanto, legítima, à luz do direito constitucional positivo brasileiro.

Também sabemos que em vários países onde a greve não é proibida expressamente, assegura-se, de forma similar à Constituição brasileira, a greve ao servidor público de modo geral. Há, contudo, vozes fortes na doutrina e na jurisprudência constitucional que proíbem a greve para algumas categorias, como é o caso, por exemplo, dos Magistrados e outros agentes políticos. Em Portugal, professores que são amigos dos direitos sociais, como o Professor Jorge Miranda e o Professor J.J. Gomes Canotilho, são francamente contrários à greve de juizes, de agentes de poder e de detentores de cargos políticos, com base no argumento de que existe um princípio implícito na Constituição que veda que as pessoas que exerçam esses cargos façam a greve. Assim, ainda que a greve nesses casos não seja expressamente vedada, ela estaria implicitamente proibida. Por outro lado, sabemos que essa interpretação, por sua vez, é compatível com a normativa internacional, que permite a proibição da greve por parte dos Estados signatários para algumas categorias de servidores públicos. Com base em material gentilmente cedido pelo Ministro Lelio Bentes, o que se requer, na perspectiva da OIT, é a adoção de medidas compensatórias, por exemplo, que assegurem pelo menos a negociação coletiva, de modo a substituir, ainda que não de modo equivalente, a vedação do exercício do direito de greve no setor público.

No caso do Brasil, parece-me que a solução, pelo menos à míngua de maior reflexão sobre o ponto, não está em proscrever de plano e de forma generalizada a greve para algumas categorias de servidores públicos, especialmente se não forem atendidas as exigências da OIT. A única exceção que me pareceria desde logo racional e razoável é efetivamente em relação aos detentores dos cargos de soberania. Não faz sentido que um Senador da República, um Deputado Federal, Embaixadores, Ministros e Secretários de Estado, entre outros, estejam entre os titulares do direito de greve.

O caso dos Magistrados e agentes do Ministério Público é evidentemente outro nicho onde pelo menos há que avançar na discussão, especialmente em

se considerando o seu enquadramento na categoria dos agentes de poder. De todo modo, a própria distinção entre categorias distintas (os policiais também exercem uma função mais sensível neste contexto) no âmbito de um conceito mais elástico de servidor público há de ser objeto de reflexão, notadamente levando em conta os projetos de lei que buscam regulamentar o exercício do direito de greve no setor público.

O que se percebe, olhando para o Direito Comparado, é que em tais searas as restrições e mesmo a exclusão da titularidade são mais frequentes do que uma interpretação extensiva. O que me parece muito mais adequado é trabalharmos, como de certa forma já o fez o Supremo Tribunal Federal nos seus julgamentos e até agora tem sido considerado (ainda que talvez nem sempre da forma adequada) com o tipo de situação que envolve a manifestação particular em causa. Em outras palavras, avaliar em que tipo de contexto se situa aquela função pública, qual é o impacto que o não exercício regular da atividade, portanto, o exercício do direito de greve, causa a outros direitos e interesses fundamentais da população e até mesmo o nível de afetação do próprio funcionamento das instituições estatais. Assim, de forma tópica, com base numa rigorosa aplicação das exigências da proporcionalidade, é possível regular de modo adequado o exercício e os seus limites. A exclusão da titularidade para determinadas categorias (ressalvadas as observações já tecidas sobre os integrantes e titulares de órgãos de soberania), pelo menos enquanto não sobrevier uma sólida e proporcional regulamentação e enquanto, reitere-se, não forem implantadas algumas medidas compensatórias, não se revela, salvo melhor juízo, ainda mais por decreto jurisdicional, a melhor solução.

Relembre-se que a nossa Constituição consagrou a greve do servidor público de modo generalizado, cuidando-se de norma de direito fundamental. Isso, à evidência, constitui um ponto de partida, mas não é necessariamente o ponto de chegada. Com efeito, o direito de greve no serviço público se insere naquilo que a doutrina constitucional contemporânea chama de estatutos (ou relações) especiais de poder. Há pessoas detentoras de cargos que se encontram ou inseridas ou sujeitas ao que se chama de relações especiais de poder, como é o caso em geral do servidor público, mas o é com mais ênfase o policial, o magistrado, o diplomata, o detentor de cargo de soberania, o militar, entre outros. O mesmo ocorre com os presos (submetidos à tutela do Estado enquanto presos), as crianças, os incapazes, etc. São pessoas que, por alguma razão, encontram-se em uma situação ou exercem uma função que implica a limitação maior ou menor de alguns direitos dessas pessoas enquanto nessa função ou submetidos a determinadas circunstâncias, ou mesmo e de modo especial quando careçam de uma proteção adicional por se encontrarem em situação

de sujeição ou até mesmo de vulnerabilidade. É claro que o trabalhador, no serviço público, situa-se nessas duas frentes: ao mesmo tempo continua sendo vulnerável em relação às más condições de trabalho, às perversas condições de remuneração, perseguição política, entre outras; por outro lado, ele está numa situação em que o não exercício do seu cargo pode comprometer severamente a estrutura de funcionamento do Estado, da própria democracia e dos demais direitos fundamentais. Por isso, quando se aplica a lógica de um controle de proporcionalidade, a doutrina tem dito que se trata de um equilíbrio muito difícil de obter em concreto, pois o que se busca é preservar o máximo de direitos de todos os lados envolvidos, entre a proteção dos direitos de quem exerce a greve – e quer proteger os seus direitos e com isso está buscando conquistá-los ou mantê-los – e a proibição de proteção insuficiente dos demais direitos em conflito.

Como em qualquer Democracia que possa ostentar o rótulo, é o legislador quem tem a primazia de, mediante adequada regulação, obter esse equilíbrio, debate que segue ocupando a agenda do Congresso Nacional, embora já tenham transcorrido mais de 23 anos da promulgação da Constituição. Eu diria, portanto, em função do meu tempo limitado, que nosso desafio no Brasil é, em primeiro lugar: compreendermos que o Supremo Tribunal Federal, na quadra em que alterou a sua orientação sobre o tema, adotando postura proativa em face da contumaz inércia legislativa, realmente conseguiu fazer uma interpretação provisória poderosa e em termos gerais constitucionalmente adequada, conciliando o direito de greve na sua condição de direito fundamental, assegurando-lhe eficácia e efetividade, mas apontando para a necessidade de, dadas as circunstâncias, promover ajustes e mesmo limitar mais fortemente o exercício do direito do que a lei geral de greve do setor privado prevê. Com isso o STF também reconheceu que greve no serviço público não pode ter, em toda sua extensão, o mesmo tratamento do que o verificado no setor privado, o que também harmoniza com o texto constitucional. Aliás, o STF poderia mesmo, à luz das diretrizes da OIT, ter excluído determinadas categorias do exercício do direito de plano e sem prever exceção, o que, salvo melhor juízo, não foi o caso.

O STF não singrou essa linha, e, parece-me, que o fez bem, porque há decisões que, de fato, devem ser deixadas para constituinte reformador (quando necessária uma alteração da Constituição) ou, o que há de ser a regra, deferidas ao nosso legislador, a quem cabe a função de concretizar, mediante regulação geral e abstrata, os princípios e regras constitucionais. Por sua vez, temos de compreender que o direito de greve de nenhum servidor público (assim como em geral se verifica com os direitos fundamentais) é absoluto, portanto, imune a limites e intervenções restritivas. É evidente que minha fala, numa perspectiva

DOUTRINA

constitucional, não é a fala do sindicalista, não é a fala do militante, porque o militante, naturalmente, por ser a sua função, o seu papel na sociedade, vai sempre buscar a luta pelo melhor direito, pelo direito mais forte e, de preferência, pelo direito absoluto, porque esse é um movimento reivindicatório que dá origem aos direitos humanos fundamentais, nesse embate político e social. Os direitos fundamentais continuam sendo conquistas e correspondem a respostas da ordem jurídico-política (interna e internacional) em relação às reivindicações humanas e aos desafios do mundo da vida. Evidentemente, são conquistas abertas ao tempo e que devem dialogar de modo produtivo entre si, ainda mais em se tratando de direitos de liberdade. Não há se olvidar a lição sempre atual da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de acordo com a qual, aqui reproduzido de modo livre, a liberdade de cada um termina onde começa a do outro. Foi nessa perspectiva que eu aqui pretendi apenas lançar algumas rápidas considerações, todas a demandar maior reflexão, desenvolvimento e contraditório. Peço escusas pela rapidez da exposição e pela sua incompletude. Mais uma vez obrigado pelo convite e pela atenção do auditório.

ORGANIZAÇÃO SINDICAL: PLURALIDADE E UNICIDADE. FONTES DE CUSTEIO*

José Carlos Arouca**

Desnecessário ressaltar meu orgulho em participar deste evento pioneiro. Sua importância destaca-se por rejeitar o pensamento único e promover um debate aberto e democrático. Peço que considerem minha exposição como fruto da experiência vivida ao longo de meio século de advocacia sindical.

O enfrentamento dos temas, atualíssimos, mas polêmicos e ainda não resolvidos, exige uma reflexão preliminar e resposta a algumas indagações.

1 – REFLEXÃO PRELIMINAR

Para resolver o dilema: unicidade x pluralidade, custeio mediante contribuição compulsória e geral x contribuição voluntária de sócios, que empolga não apenas aqueles que estão próximos do sindicalismo, mas também os acadêmicos, analistas e críticos, enfim o mundo do trabalho, há que se afastar o sistema corporativista da CLT copiado da Carta del Lavoro pela Lei Sindical do Estado Novo, Decreto-Lei nº 1.402, de 1939, tendo presente a Constituição democrática de 1988.

Antes de mais nada, necessário saber se a substituição da unicidade como forma de monopólio de representação geral de uma categoria, entendida não em sua conotação fascista, mas como grupo, classe ou ramo, pela liberdade sindical ou organização plural da mesma classe ou restrita aos empregados de uma empresa, melhor dizendo, de grandes empresas; se a representação ampla trocada pela representação de sócios e se o custeio mediante contribuições compulsórias de todos dando lugar a contribuições voluntárias do quadro associativo, resolverão a extraordinária crise sindical, a dessindicalização, possibilitando aos trabalhadores, afinal, sua ascensão na escala social para desfrutar dos bens que produz para o capitalismo.

* Texto apresentado no “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho entre os dias 25 e 27 de abril de 2012.

** Advogado; desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

2 – O QUE É O SINDICATO?

Mas afinal o que é o sindicato?

O sindicato nasceu em berço capitalista como reação dos trabalhadores contra suas condições de trabalho, agressivas, extenuantes, salários insuficientes para satisfação das necessidades mínimas de vida.

Logo, duas vertentes se abriram: a ação revolucionária proclamada pelo Manifesto Comunista de 1848, propondo a unidade internacional da classe trabalhadora não apenas para a tomada do poder, mas, também, para a construção de uma nova sociedade, e o reformismo fundado na solidariedade cristã, concebida pela *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, em 1891, que determinaram os rumos do movimento sindical.

O capitalismo de Estado, numa visão construtiva do pós-guerra em busca da paz universal, procurou incluir o trabalho num triângulo harmonioso que pudesse atender todos os lados: Estado, capital e trabalho representado pela Convenção 87, de 1948, sobre liberdade sindical, compreendendo a liberdade individual de fundar e filiar-se a sindicato ou simplesmente alhear-se à organização de classe.

Então saber o que é o sindicato num sistema capitalista procura resposta no diálogo social, no tripartismo, na priorização da liberdade individual, na negociação coletiva em busca de um tratado de paz entre capital e trabalho, representado pela convenção coletiva.

O sindicato seria, assim, a organização de classe dos trabalhadores aparelhada para negociar com o capital o salário possivelmente justo e melhores condições de trabalho para seus representados ou filiados.

3 – A CRISE SINDICAL

Não se pode negar a crise sindical, universal, que no Brasil, pelo menos, começou no início do século passado, quando a polícia invadia as associações de classe nascentes, destruía seus pertences, espancava e prendia seus militantes, expulsava os estrangeiros, imigrantes anarquistas. É lembrar os apelidos que se deu às Leis ns 1.921 e 1.927: “Infame” (Decreto nº 4.269) e “Celerada” (lembrar Decreto nº 5.221), sem esquecer o atestado de ideologia que vigorou até 1952.

Na ditadura militar instalada em 1964 foram 1.565 intervenções até 1978, atingindo as organizações sindicais mais expressivas, mas na democracia relativa do Marechal Dutra chegaram a 400. A primeira nos deu a “Lei antigreve”,

nº 4.330, mas a segunda foi mais cruel, respondendo pelo Decreto-Lei nº 9.070, referendado pelo Supremo Tribunal Federal. A ditadura militar fechou a central Comando Geral dos Trabalhadores (CGT), mas a democracia de 1946 fechou a Confederação dos Trabalhadores do Brasil (CTB).

Autonomia só foi conquistada em 1988, mas hoje existe apenas no papel, comprometida pela ação do Ministério do Trabalho e Emprego exatamente quando antigos e combativos dirigentes sindicais assumem o poder, com o cadastramento, como forma dissimulada de controle¹, com o reconhecimento traçado na Portaria nº 186, de 2008, pelo chamado Sistema Mediador, que restabeleceu a homologação dos acordos e convenções² que fora substituído pelos simples depósito para registro e arquivamento em plena ditadura militar³, pelo Sistema Homolognet, com o qual se determinou aos sindicatos como assistir os trabalhadores demitidos⁴. Por sua vez, o Ministério Público do Trabalho combate a contribuição de custeio e anuncia seu propósito de controlar a gestão financeira das associações sindicais, avançando até chegar a matéria de direito penal⁵ e vai mais longe quando a pretexto de atingir a prioridade de ação que elegeu, institui a representação interna do pessoal nas empresas com mais de 200 empregados e exige que os sindicatos o acompanhe, com ameaça de punição⁶. Por sua vez, o Tribunal de Contas da União ressuscita a contabilidade autoritária exercida pelo Ministério do Trabalho com seus códigos e modelos⁷.

Causa espanto a extraordinária multiplicação de sindicatos: 14.266, sendo 9.849 de trabalhadores⁸, que grande parte dos acadêmicos e analistas atribui ao sistema unitário, desconhecendo o procedimento seguido pelo Ministério do Trabalho e Emprego que registra sindicatos “fantasmas” criados por oportunistas e aventureiros, não para representar grupos ainda inorganizados, mas

1 Instrução Normativa nº 2, de 01.12.05.

2 Instrução Normativa nº 6, de 06.08.07.

3 Decreto-Lei nº 229, de 1967.

4 Portaria nº 1.621, de 14.07.2010.

5 Orientação nº 5 da Conalis: “Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais são de interesse público tutelável pelo *Parquet* trabalhista”. Como se sabe, o art. 552 da CLT equipara os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das entidades sindicais ao crime de peculato, julgado e punido na conformidade da legislação penal.

6 A Notificação Recomendatória nº 81.738, de 2011, do Núcleo Conalis (Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical), esclarece os pontos que os sindicatos deverão negociar para instituir a representação interna do pessoal, sem ocultar sua natureza repressiva: “Os casos de descumprimento do art. 11 da CF, quando a negociação restar infrutífera, serão apurados em cada situação concreta, cabendo ao Ministério Público do Trabalho adotar as providências que entenda cabíveis, responsabilizando os agentes recalcitrantes, conforme a melhor forma de tornar efetivo o direito social em tela”.

7 Processo nº 018.689/2009-3 (Acórdão nº 1.663/2010).

8 Fonte: Ministério do Trabalho e Emprego, dados de 12.03.2012.

resultantes de dissociação ou desmembramento de setores já organizados, e tudo em assembleias vazias, sem nenhum respeito aos princípios de democracia⁹. Se bem que nos Estados Unidos chegam a 200 sindicatos nacionais e 75 mil locais, 34 mil no Japão. Adotado o pluralismo quantos seriam no Brasil?¹⁰

Ninguém dirá que a negociação coletiva é livre, se está limitada pela data-base, uma vez a cada ano, por prazos curtos para início e fim. Da mesma forma a convenção coletiva, que se esgota em até dois anos, e tudo precisa partir do começo, ser de novo reivindicado, aprovado pela assembleia e outra vez consentido pelo patronato, quando a correção automática dos salários corroídos pela inflação é proibida e até o aumento real deve vincular-se à produtividade?¹¹. Mesmo assim, no ano de 2011 nada menos que 86,8% das convenções coletivas registraram aumento real, conforme levantamento do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE.

A greve, direito constitucionalizado para a defesa das reivindicações negadas, se antes era sufocada pela polícia, hoje é impedida também pelo interdito proibitório deferido invariavelmente, como virou moda, antes mesmo de sua decretação pela assembleia, sendo suficiente a convocação; não bastasse tanto, ainda a determinação de sua cessação sob pena de multas exorbitantes, além de sua qualificação negativa: ilegal, abusiva até formalmente. Por sinal, no mês de abril a greve dos trabalhadores da construção civil do Jirau foi qualificada como ilegal e determinado o imediato retorno ao trabalho sob pena de multa de R\$ 200,00 por dia; mesmo não se tratando de serviços essenciais ou atividade fundamental. Logo foi chamada a força Nacional de Segurança Pública que se fez presente com um batalhão de soldados. O mesmo se repetiu dias depois na construção da hidroelétrica de Belo Monte. Deu-se que as decisões não foram obedecidas e no primeiro caso o movimento cessou com atendimento parcial das reivindicações. Merece destaque uma das pretensões dos trabalhadores de Belo Monte: reduzir o tempo para visita dos familiares de meio ano para três meses.

9 Exemplo do procedimento ministerial: Processo nº 46000.005406/95-04 através do qual foi reconhecido o Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Fontes Magnéticas e Ionizantes para representar físicos, engenheiros (...) químicos, tecnólogos em radiologia (...). Enfim, todos os “empregados de qualquer estabelecimento que tenha emissão de fontes magnéticas e ionizantes, sejam eles privados ou públicos, federais, estaduais, municipais, medicina de grupo, filantrópico, religioso, asilar, consultório, indústria, comércio, prestação de serviços, autarquias e fundações, inclusive, públicas, agricultura e afins, em face das características de categoria diferenciada”.

10 Números dos Estados Unidos, conforme Márcia Flávia Santini Picarelli, *A convenção coletiva de trabalho*, LTr. 1986, p. 53; no Japão, José Pastore, *Relações de trabalho no Japão*, LTr & OIT, 1994, p. 53.

11 Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, arts. 10 e 13.

Então, o sindicato seria uma corporação perdida em meio a crise, criada para negociar com o capital melhores salários e condições de trabalho?

4 – PARA QUE SERVE O SINDICATO?

Até 1988 as organizações sindicais tinham por fim o estudo, defesa e coordenação dos interesses profissionais ou econômicos, conforme especificava o art. 511 da CLT¹². Diferentemente, a Constituição, no inciso III do art. 8º, firmou que lhes cabe a defesa de direitos e interesses individuais e coletivos¹³.

O pensamento acadêmico secundado pela visão dos analistas e da imprensa ainda afirma que tanto direitos como interesses são simplesmente trabalhistas.

A já difícil defesa de direitos trabalhistas individuais fica comprometida com a conciliação irresistível diante da persuasão do juiz, como relata o magistrado Jorge Luiz Souto Maior, que põe fim ao processo, mas não corrige erros e injustiças que se mantêm impunes. A substituição processual até a pouco era simplesmente negada¹⁴.

A defesa de interesses coletivos não alcança apenas interesses trabalhistas, encerrando-se com o tratado de paz, porque os trabalhadores têm, também, interesses sociais, que são aqueles elencados no art. 6º da Constituição: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

E tem, também, interesses políticos. De fato, a Constituição colocou como fundamento do Estado Democrático de Direito, lado a lado, capital e trabalho. Seria assim um Estado Democrático de Direito Social-Capitalista¹⁵. Mas a ordem econômica tem como objetivo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, buscando o pleno emprego enquanto a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Pelo menos assim foi escrito

12 “É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.”

13 “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

14 Súmula nº 310, só cancelada em outubro de 2003.

15 “Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.”

nos arts. 170 e 193 da Constituição¹⁶. O art. 3º traça os objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, sem marginalização e desigualdades sociais. Outro pilar do Estado Democrático de Direito é o pluralismo político no qual se compreendem as associações mais representativas da sociedade civil, inclusive sindicais, como anotam Otávio Bueno Magano e Celso Bastos¹⁷.

Desse modo, se o sindicato compõe o pluralismo político que dá sustentação ao Estado Democrático de Direito, tem por dever participar decisivamente da construção dessa nova sociedade que de resto constitui o interesse principal da classe trabalhadora.

5 – UNICIDADE X PLURALIDADE. UNICIDADE NA PLURALIDADE. O SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO

A liberdade sindical, como expressão da individualidade, não pode superar a liberdade coletiva, geral, como prática da democracia.

A OIT tem como um de seus instrumentos normativos fundamentais a Convenção 87 que trata da liberdade sindical. Assim como a grande maioria dos acadêmicos considera que a pluralidade é causa de divisionismo e por isso mesmo um grande mal. Mas melhor do que a unicidade imposta por lei. O ideal seria a unidade concertada. No Brasil pelo consenso de seis centrais sem considerar a CONLUTAS que ainda prefere ficar de fora do sindicalismo oficial antes combatido pela CUT.

No quadro traçado há que se rejeitar a unicidade como monopólio de representação, não dos trabalhadores, mas de facções, tendências partidárias, religiosas, de clãs, de agentes do Estado ou de prepostos dos patrões, bem assim fundada nas categorias criadas artificialmente, colocadas no velho e sepultado quadro de atividades e profissões.

16 “Art. 170. 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:

(...)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego.”

“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

17 “Art. 1º, V. o pluralismo político.”

De Magano: “Receitas Sindicais”, *Folha de São Paulo*, 04.11.90; de Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1. vol., 1988, p. 426.

DOCTRINA

Mas, deve-se rejeitar, também, o pluralismo divisionista e concorrente, como se comprova pela disputa entre as centrais reconhecidas pelo Estado.

De igual modo, tanto a unicidade como a pluralidade no âmbito da empresa, fora de dúvida elitista e egoísta. Nesse passo significativo, o levantamento do SEBRAE/DIEESE, segundo o qual num universo de 22.700 milhões de empresas, menos de 1%, são de grande porte, de modo que a organização por empresa deixaria de fora mais de 17 milhões de trabalhadores¹⁸.

Pior do que a unicidade oficial e a pluralidade decantada, a representação restrita ao quadro associativo, já que a filiação sindical média no Brasil é de 19%.

O sindicato foi pensado para defender a classe trabalhadora como um todo, de modo que todos devem ser representados.

Mas só a mudança de modelo, passando de unicidade para pluralidade, será suficiente para responder a indagação formulada: “Para que serve o sindicato?”.

Tanto faz unicidade ou pluralidade se não houver autonomia de verdade, sem ingerência do Estado, do Ministério do Trabalho e Emprego sempre presente, do Ministério Público do Trabalho, agora presença constante.

A organização sindical deve ser necessariamente democrática, mas assim só será se for garantida a liberdade sindical positiva, que supõe o direito de filiação e de permanência como filiado, de voz e voto nas assembleias e congressos, da condição de eleitor e de elegibilidade, de participação segura. Democracia com autocontrole exercido por um Conselho Sindical eleito diretamente pelos trabalhadores, legitimado para o registro de associações sindicais, determinação da maior representatividade, depósito e arquivamento das convenções coletivas de trabalho, revisão recursal das deliberações tomadas pelas diretorias e assembleias, fiscalização da gestão financeira.

Negociações verdadeiramente livres e permanentes, sem data-base, sem prazo de começo e fim. Negociações de boa-fé, amplas, envolvendo o grupo como um todo, independentemente de filiação, sem se situar apenas nas grandes corporações¹⁹.

18 Segundo a classificação do SEBRAE, empresas de grande porte são as que empregam na indústria mais de 499 trabalhadores e no comércio e serviços acima de 99.

19 No Brasil, as micro, pequenas e médias empresas somam 2.039.645 com 14.194.723 empregados. Grandes apenas 20.789 empresas e 8.881.487 empregados.

Convenção como lei interna do grupo, com eficácia de suas cláusulas até que outra a substitua.

Greve como direito, sem apoio da polícia ao capital, sem interdito proibitório para negar o direito, mas como instrumento para a defesa de interesses, que só poderá terminar como começou: por deliberação da assembleia dos interessados, sem qualificação de abusiva, determinação de retorno ao trabalho, de sujeição à multa.

E mais: organização nos locais de trabalho, mas de natureza sindical ao invés de simples representação interna do pessoal como quer o Ministério Público do Trabalho, muito além de apenas um membro e apenas nas empresas com mais de duzentos empregados, mas alcançando, também, as de tamanho pequeno e médio através dos delegados sindicais.

E, ainda, proibição e punição de práticas antissindicais como bem colocado no Anteprojeto de Lei Sindical do Fórum Nacional do Trabalho.

Não temos nada disso. E não haverá liberdade sindical se não houver garantia do emprego. Não apenas de sete dirigentes, mas de todos os dirigentes, delegados, membros do conselho fiscal, ativistas. Em suma, a aplicação da Convenção 98, desconhecida, mas que compõe nosso ordenamento jurídico²⁰. Garantia geral, vedando a demissão sem justa causa como dispõe o primeiro inciso do art. 7º de nossa Constituição e a Convenção 158 que entre nós teve vida curta e que pelo visto não ressuscitará se depender do reacionarismo dos componentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A propósito, revela o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – Caged, que só no ano 2011 foram 17 milhões e 900 mil demissões. Notícias recentes dão conta da dispensa de 50 empregados da TV Cultura, 160 da Rede TV, 5 mil metalúrgicos de Manaus, 200 de Sertãozinho, interior do Estado de São Paulo, 240 aeronautas e aeroviários da Gol.

Um sindicato único sim, mas o mais representativo dentre múltiplas associações, portando tendências na forma do modelo de sindicato orgânico proposto pela CUT, escrito pelo professor José Francisco Siqueira Neto. Quer dizer, unicidade na pluralidade, como previram em seus Anteprojeto de Código do Trabalho Dorval Lacerda, um dos consolidadores, em 1955, e Evaristo de

20 A Convenção 98 tem vigência no país desde 18 de novembro de 1953; foi aprovada em 27 de agosto de 1952 pelo Decreto Legislativo nº 49 e promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29.06.53. Taxativamente dispõe no art. 1º, 2, b) que constitui proteção adequada contra atos atentatórios à liberdade sindical vedar a dispensa de um trabalhador por qualquer motivo em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais.

Moraes Filho, em 1963, apoiados depois por Luiz de Pinho Pedreira da Silva e Roberto A.O. Santos²¹. Sem monopólio, mas sem divisionismo determinado pela disputa entre as centrais (sindicalismo de cúpula), apoio do Estado (sindicalismo oficialista), dos empregadores (sindicatos pelegos), dos diferentes partidos e das diferentes religiões. Um sindicato como admite a OIT, conforme a jurisprudência consolidada do Comitê de Liberdade Sindical em seus verbetes 949, 950 e tantos outros²².

6 – CUSTEIO. CONTRIBUIÇÃO VOLUNTÁRIA DE SÓCIOS X COMPULSÓRIA, NEGOCIAL, RETRIBUTIVA DE REPRESENTAÇÃO

Se pluralidade, naturalmente o custeio ficará a cargo dos sócios. A questão a resolver está na unicidade e no sindicato mais representativo.

Desde o primeiro tempo do regime militar, Castelo Branco à frente, cogitou-se de acabar com o imposto sindical, mas não foi além da mudança de nome, passando a contribuição; depois, nos tempos de Collor de Mello, a iniciativa foi de sindicalista alçado ao Ministério do Trabalho, mas foi nos tempos de Fernando Henrique Cardoso que a contribuição aproximou-se do fim com a PEC nº 623, por sinal combatida pela CUT e chegou ao fim, pelo menos anunciado, no governo Lula com a Lei nº 11.648, de 2008.

A contribuição para custeio do sistema confederativo equiparada à contribuição de sócio, ao arripio do que se aprovou na Assembleia Constituinte, e leitura equivocada da palavra categoria pelo Supremo Tribunal Federal, acabou sem deixar rastro, fulminada pela Súmula nº 666. Com efeito, no inciso IV do art. 8º foi entendida como quadro associativo, enquanto no III como coletividade dos empregados que operam numa mesma atividade econômica ou atividades similares.

21 De Luiz de Pinho Pedreira da Silva, *Ensaio de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, p. 152; de Roberto A.O. Santos, *Trabalho e sociedade na lei brasileira*, São Paulo: LTr, 1963, p. 134.

22 Verboete nº 949. “A Recomendação sobre a negociação coletiva de 1981, nº 163, enumera diversas medidas encaminhadas a promoção da negociação coletiva, incluído o reconhecimento das organizações mais representativas dos empregadores e dos trabalhadores”.

Verboete nº 950. “São compatíveis com os princípios da liberdade sindical tanto os sistemas de negociação coletiva com direitos exclusivos para o sindicato mais representativo como com aqueles em que são possíveis vários convênios coletivos concluídos por vários sindicatos dentro de uma empresa.” (*Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*, 5. ed., 2006, p. 203)

Contribuição para fins assistencial foi criação da ditadura para amortecer os sindicatos, burocratizando-os para cuidar de ambulatórios médico-odontológicos, clubes de campos e colônias de férias, mas logo foi assumida como contribuição de custeio, reforço, revigoramento, incluída na previsão orçamentária e permitiu a volta da imprensa operária, o fundo de greve, abertura de subsedes e delegacias, de cursos diversos, especialmente de formação profissional, realização de simpósios e congressos e movimentos como jornada de 40 horas sem redução do salário, extinção do fator previdenciário, de reação contra a terceirização da mão de obra.

A contribuição negocial foi legitimada pela Lei nº 11.648, conforme redação de seu art. 7º: “Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembleia geral da categoria”.

Inegável que a organização sindical interessa ao Estado como instrumento essencial ao sistema político de democracia capitalista-social para permitir o equilíbrio de força entre capital e trabalho. Afinal, não exige que a organização sindical seja disciplinada não só pelo estatuto interno, mas também por lei, assim como a greve, a negociação e a convenção coletiva? Se liberdade sindical é reflexo da democracia, por que detalhar a disciplinação da organização de classe, o que acaba sempre por comprometer sua força?

Se liberdade sindical confunde-se com liberdade individual, a negativa contemplada no inciso V do art. 8º da Constituição é o alheamento à organização da classe, liberdade de não se filiar nem submeter-se ao regramento estatutário e às deliberações internas das assembleias. Outra coisa é ser regido pela convenção geral. E quem dirá que a negociação negativa ou *in pejus* no melhor jurídiquês, que vai dar na flexibilização dos salários, das jornadas, no contrato por prazo determinado, por tempo parcial, no banco de horas, não obriga o trabalhador sem filiação sindical ou permite-lhe o direito de oposição? Mas se o trabalhador é livre para não se filiar ao sindicato e pode negar-lhe o apoio financeiro para que exista, negocie com o capital, decrete e comande a greve, ainda assim deve ser representado nas negociações e incluído como destinatário do que foi conquistado nas convenções, pelos filiados que se expõem e põem em risco o emprego?

Repetindo, o índice de sindicalização médio é de 19%. Será bom deixar marginalizado 81% da classe trabalhadora que renega a organização de classe diante da crise tão bem dimensionada e agravada pela imprensa formadora da

opinião pública, pelo receio de perder o emprego e de não conseguir outro, pela indiferença ou pelo insolidarismo, pela falta de consciência de classe ou política?

Para fazer frente ao capital, o sindicato não pode apresentar-se descapitalizado. Os partidos políticos têm financiamento estatal. Os conselhos dos profissionais liberais são custeados por contribuições compulsórias.

O custeio da organização sindical deve ficar por conta dos trabalhadores filiados ou não, estes por dever de solidariedade e de retribuição pela representação nas negociações coletivas, nas ações reivindicatórias, não só por aumento salarial e melhores condições de trabalho, mas também pela defesa dos interesses sociais e políticos de classe como admite a Convenção 135 da OIT e os Verbetes ns. 112, 324 e 480 do Comitê de Liberdade Sindical, bem como a decisão tomada no Caso nº 631, relatado no Informe nº 138, envolvendo a Turquia²³. Expressiva a afirmação contida na obra *A Liberdade Sindical*, editada pela OIT: “Dever-se-ia evitar a supressão do desconto automático de cotizações sindicais dos salários, pois pode criar dificuldades financeiras para as organizações sindicais e, portanto, não favorece o desenvolvimento

23 Verbetes nº 112. “Em um caso em que a lei dispunha sobre a cobrança de uma cotização de solidariedade pelo sistema de desconto da remuneração de trabalhadores não filiados a organização sindical parte em um contrato coletivo, porém que desejavam acolher-se de suas disposições (cotização fixada em não mais de 2/3 das cotizações pagas pelos trabalhadores sindicalizados da mesma categoria), o Comitê estimou que o sistema, ainda que não esteja coberto pelas normas internacionais do trabalho, não parece por si mesmo incompatível com os princípios de liberdade sindical” (*Recopilação*, 2. ed., 1976, p. 44-45).

Verbetes nº 323. “Os problemas relacionados com as cláusulas de segurança sindical devem ser resolvidos em âmbito nacional, de acordo com a prática e o sistema de relações trabalhistas de cada país. Em outras palavras, tanto as situações em que as cláusulas de segurança sindical são autorizadas como aquelas em que são proibidas podem ser consideradas de acordo com os princípios e normas da OIT em matéria de liberdade sindical” (*Recopilação*, edição de 1977, p. 73).

Verbetes nº 324. “Em casos em que se havia instituído a dedução das contribuições sindicais e outras formas de segurança sindical, não em virtude da lei, mas de uma cláusula incluída numa convenção coletiva ou de prática estabelecida pelas duas partes, o Comitê negou-se a examinar as alegações, baseando-se na declaração da Comissão de Relações de Trabalho da Conferência Internacional de 1949, na qual se estabelecia que a Convenção 87 não deveria ser interpretada no sentido de autorizar ou proibir cláusula de segurança sindical e que essas questões devem ser resolvidas de acordo com a regulamentação e a prática nacional. Tendo em vista este esclarecimento, os países, e com mais razão aqueles nos quais existe o pluralismo sindical, não estariam, de modo algum obrigados, de acordo com a Convenção, a tolerar, seja de fato, seja de direito, as cláusulas de segurança sindical, enquanto os demais, que as admitissem, não estariam impedidos de ratificar a Convenção” (*idem*).

Verbetes nº 480. “Quando uma legislação aceita cláusulas de seguridade sindical como a dedução de cotas sindicais dos não filiados que se beneficiam com a contratação coletiva, tais cláusulas só deveriam se fazer efetivas através de convênios coletivos” (*Recopilación*, 2006, p. 106)

Convenção 95, com vigência desde 1958, art. 8º – 1. “Descontos em salários não serão autorizados, senão sob condições e limites prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral”.

harmônico das relações de trabalho. O sistema de se deduzir automaticamente dos salários uma cotização para fins de solidariedade, a cargo de trabalhadores não sindicalizados que desejam servir-se dos benefícios obtidos por meio do contrato coletivo de trabalho de que é parte a organização sindical interessada, não está coberto pelas pertinentes normas internacionais do trabalho, mas não é considerado incompatível com os princípios de liberdade sindical²⁴.

7 – CONCLUSÃO

Já falaram os acadêmicos, os analistas, empresários, homens da imprensa e os donos da imprensa. Faltam falar os trabalhadores.

Louvável, assim, a iniciativa da CUT em ouvi-los se querem ou não manter a contribuição sindical. Solta no ar a indagação, sem discutir o que é e para que serve o sindicato, o resultado perde-se no vazio. Pena omitir informação indispensável para que os trabalhadores possam decidir, ou seja, que também a contribuição negocial é compulsória e geral, obrigando filiados ou não, sem direito de oposição. Pelo menos assim preveem os Anteprojetos de Lei Sindical do Fórum Nacional do Trabalho consensuado pelas centrais, confederações patronais e o Estado e a PEC nº 369 do Governo Lula em tramitação no Congresso Nacional. Fosse outra a indagação: a favor ou contra o imposto de renda, até porque salário não é renda como defendia o Senador Franco Montoro, ou mesmo contra ou a favor da contribuição previdenciária e seria fácil adivinhar a resposta. E por que não indagar: um sindicato único ou múltiplos sindicatos para uma mesma representação e mesmo: contra ou a favor de existir o sindicato.

Enfim, o que importa é o papel do movimento sindical, proibido e perseguido nas suas origens, combatido até hoje, que enfrentou duas ditaduras, lutou para humanizar ainda que um pouco o capital, criou direta ou indiretamente os direitos sociais que temos e quase todos os que foram incluídos no art. 7º de nossa Constituição, presente nos principais registros de nossa história.

Novos tempos, tempos de globalização que apontam para o desmonte da legislação trabalhista, para a precarização do contrato de trabalho com a flexibilização de direitos e terceirização da mão de obra. A OIT, no ano 2008 aprovou a Declaração Sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa, destacando a promoção do emprego, de medidas de proteção social, o diálogo social, o tripartismo e a aplicação dos direitos e princípios fundamentais no

24 A Liberdade Sindical, São Paulo: OIT & LTr, 1993, p. 67.

DOCTRINA

trabalho, tendo em vista que “a liberdade de associação e liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva são particularmente importantes para alcançar (os) quatro objetivos estratégicos, e que a violação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho não pode ser invocada nem utilizada como legítima vantagem comparativa e que as normas do trabalho não devem servir aos fins comerciais protecionistas”. No Brasil democrático de hoje, as centrais, conforme suas representações: Força Sindical (14,12%), União Geral dos Trabalhadores (7,89%), Nova Central Sindical dos Trabalhadores (7,04%), Central dos Trabalhadores do Brasil (7,77%) e Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (7,02%), totalizando 43,84% dos sindicatos com filiação que defendem a unicidade e o custeio geral, enquanto a Central Única dos Trabalhadores – CUT (38,32%) defende a pluralidade, mas rejeita a organização no âmbito da empresa. Os Estados Unidos, China e Índia também não ratificaram a Convenção 87 já passados 64 anos desde sua aprovação. Não custa, pois, pelo menos, repensar seu texto no que tem de divisionista da classe trabalhadora, para ser lida não só como instrumento do capitalismo, mas também do socialismo possível.

Enfim, o sindicato deve ser único, livre e forte, democrático e representativo, de resistência, para defender direitos e interesses da classe trabalhadora, trabalhistas, sociais e políticas. Um sindicato único, custeado não pelo Estado, pelos patrões, pelos partidos, pelas igrejas, por organizações de fora, mas pelos trabalhadores de dentro, todos, filiados ou não. Um sindicato comprometido com a construção de uma sociedade justa, solidária e igualitária, tal como foi traçada em nossa Constituição. Afinal, a liberdade sindical tem o mesmo tamanho da liberdade política.

LIBERDADE SINDICAL NO BRASIL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES*

José Francisco Siqueira Neto*

Eu gostaria, de antemão, de agradecer a gentileza dos organizadores pelo convite a mim dirigido para participar de um evento dessa envergadura, sobre um tema além de fundamental para a consolidação democrática do país, a mim particularmente muito caro. Não tenho todos os anos de militância sindical de alguns advogados sindicais partidários que pontificam sobre o assunto, mas minha vida acadêmica e de advogado também me legitima a discutir a liberdade sindical no sentido ora proposto.

Quando discuto liberdade sindical sempre o faço na perspectiva do sistema de relações de trabalho, e não no oportunismo da junção interesseira do marco normativo vigente com a agregação de aspectos “modernizantes” no curso do tempo. Desta forma, quando falo em negociação coletiva efetiva penso na lógica de mudança do sistema atual para que ela possa realmente ter uma dinâmica mais densa e integradora. Não penso, em hipótese alguma, em trabalhar o sistema atual “anabolizado” por uma série de mecanismos próprios do sistema, digamos assim, democrático, constituído a partir do segundo pós-guerra. Essa operação, valorizada parcialmente nos meios sindicais e acadêmicos, transforma a discussão sobre a liberdade sindical no Brasil, muitas vezes ininteligível. Por mais que se conteste e por mais que se rejeite a ideia, o fato é que a concepção política do movimento sindical ou da liberdade sindical decorre da concepção do próprio sistema.

Se o sistema de relações de trabalho visa maior participação, necessariamente ele comportará este padrão homogêneo a todos os demais institutos que os integra. O que não dá é a consagração da ambiguidade decorrente de um sistema internamente contraditório, com aspectos isolados de liberdade e de autonomia sindical nos padrões internacionalmente consolidados, no mesmo

* Texto apresentado no “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho entre os dias 25 e 27 de abril de 2012.

** Advogado; mestre (PUC-SP) e doutor (USP) em Direito; professor titular; coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico e vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP).

ambiente institucional que valoriza aspectos do corporativismo sindical clássico, aquele de influência do fascismo italiano. O Brasil, lamentavelmente, tem um sistema que não corresponde ao mínimo de padrão lógico, tanto o é que temos no cotidiano os infindáveis problemas de ajuste e de funcionamento conhecidos por todos. A dificuldade de encaminhar a solução para os problemas, a dificuldade da jurisprudência no trato das questões internas às organizações sindicais e a dificuldade de atuação dos próprios atores sociais decorrem disso.

O sistema brasileiro é incongruente. Não proporciona os resultados e o dinamismo que um sistema democrático e coerente institucionalmente poderia provocar. Essa característica, a meu ver, perversa, invariavelmente nubla, embaça as discussões. O núcleo do problema não é saber se o interlocutor é contra ou a favor dos sindicatos de trabalhadores.

Sou francamente favorável aos sindicatos, e todos sabem disso. Quem leu o que escrevi, quem ainda tem paciência para ler o que escrevo sabe disso. Não é essa a discussão. O que está em discussão é que tipo de relações de trabalho queremos para o País. Queremos um modelo cada vez mais dependente da Justiça do Trabalho para solucionar problemas de representação sindical e de negociação coletiva; ou achamos que a democracia brasileira alcançou um patamar suficiente para consagrar um sistema no qual as forças sociais, autonomamente, possam estabelecer complementarmente condições de trabalho, e deixar à Justiça do Trabalho, por conseguinte, a correção das disfunções? Vamos construir um sistema vigoroso e representativo ou vamos ficar eternamente no modelo de faz de conta: faz de conta que representa, faz de conta que negocia, faz de conta que tem direitos sindicais...

Essa é a discussão.

Eu gostaria de aproveitar a oportunidade, após uns anos de recesso em razão da Reforma Sindical não encaminhada, para discutir o assunto um pouco além da vertente puramente normativa.

Na verdade, a organização sindical brasileira tem um problema que reflete o nosso pacto federativo. Não é um problema do sindicato, mas da federação brasileira. A pulverização de sindicatos reflete quase que na mesma proporção a proliferação de municípios. Isso significa que a representação de interesses politicamente relevantes no País é um problema do federalismo, que impacta também sobre o sindicalismo. Toda vez que temos um problema de representação de interesses, criamos um sindicato ou um município. Essa é a lógica. Basta olhar. Quando todos imaginavam que se teria assegurado uma contenção ao processo de expansão sindical com a Constituição de 1988, aconteceu exa-

tamente o contrário: tivemos uma expansão na criação de sindicatos quase que exponencial. Isso significa que a base é invertida. O Brasil é um Estado Federal com fortíssimas características operacionais de Estado unitário. Na esfera sindical a representação é unitária, mas a ação sindical efetiva (a negociação coletiva) é descentralizada, quase que totalmente municipalizada.

A discussão sobre unicidade sindical no Brasil, com a centralidade que buscam a ela conferir, é falsa. Por esse motivo, temos dezenove, vinte, trinta e vamos chegar a cinquenta mil sindicatos. Isso não é porque o Estado controla, mas porque também não tem controle sobre as assembleias. É bom que não tenha mesmo. Mas o fato de não ter controle sobre as assembleias possibilita uma série de desmembramentos de base de representação, de criação de sindicatos com dois, três ou quatro trabalhadores. Isso não seria problema se não consagrássemos o monopólio da representação. Mas não é só por conta de desmembramento, mas também pela imaginação criativa do sindicalismo na “tradução” das categorias. Onde havia trabalhadores em bares, hotéis e restaurantes aparecem os trabalhadores de refeições rápidas e coisas do gênero sem fim. E assim *la nave va...* Tudo bem que o brasileiro é criativo, mas tudo tem um limite. Aqui parece que não.

É fato que invertemos a base da representação. Pulverizamos para contemplar todos os desejos de representação de interesses. O que buscamos é a representação. O município, que é o suficiente para que haja uma delegacia, um fórum, um juiz, um promotor, e não importa que não tenha sustentabilidade. O que importa é que, no jogo da política, ele tem certo espaço. É melhor isso do que disputar no pacto federativo unitário. Em relação aos sindicatos o processo se desenvolve com a mesma lógica.

A unidade sindical no Brasil, como tantas outras, é uma discussão fora do lugar. É claro que há interesse concreto de quem não quer perder a base de representação, de quem não quer deixar de ser ator político. Isso, contudo, é um problema de outra natureza. É um problema político. Não me compete, portanto, resolver essa questão. Cada um com seus problemas! Isso não é problema de reflexão sistêmica. É um problema de operação dos interesses concretos da representação política. Vamos tirar este tom: não tem saber jurídico, não tem saber... Isso é política! A questão é muito importante, mas não podemos misturar as estações, porque fica complicado do ponto de vista da fluência do debate institucional sério e verdadeiro.

O que seria, então, o oposto, o interessante?

DOCTRINA

Entendo que uma *unidade* sindical a partir da centralização das estruturas sindicais. Nenhum sindicato do mundo democrático, minimamente representativo, descentraliza sua atuação pela estrutura menor, mas pela maior, pela cúpula. O sindicato inglês é assim, chega aos locais de trabalho pela negociação, mas descentralizada ou compartilhada pela estrutura central ou mediante sua coordenação, por mais tênue que seja. O mesmo se dá, com especificidades, no sindicato norte-americano, que é o que mais apavora os sindicalistas brasileiros. Lá também há uma coordenação centralizadora, pela cúpula. Os sindicatos europeus, de maneira geral, são todos organizados pela cúpula. Quando se fala em sindicato na Europa cuida-se de confederações, centrais sindicais. De maneira geral, nesses países, as organizações locais e regionais não imprimem a dinâmica das relações de trabalho, senão de maneira residual.

O nosso sindicato é o do tipo regional de categoria ou regional de cadeia produtiva, se tanto. Essa discussão está fora de contexto. Há uma polarização que não tem a menor relação com o mundo real: se é plural ou único. O sistema de sindicato único que temos, mesmo com todas as garantias da unicidade e de todos os direitos que os seus defensores preconizam como essenciais, não será suficiente para conferir aos nossos sindicatos a representatividade que o corporativismo sindical usurpou. Sinto muito! Não será representativo. Se é para isso, para mera figuração, tudo bem. Então fica, mas não vamos nos iludir. Se for para ter representatividade unitária, forte, efetivo ator representativo político, com meios para organizar e coordenar as negociações coletivas de condições de trabalho, a estruturação centralizada é imprescindível. Ou, quando muito, em circunstâncias especialíssimas, a associação possuir uma localização geográfica tão específica e tão relevante, do ponto de vista da organização produtiva, que seja capaz de absorver uma força política que decorra da organização produtiva. Caso contrário, perdoem-me, no restrito espaço das nossas instituições não há a menor de sindicatos fortes.

Por que os metalúrgicos do ABC ficaram fortes? Porque combinaram aglutinação de trabalhadores com relevância produtiva e mobilização política. Estavam localizados onde a imensa maioria das montadoras do País ficava, o que significava a localização no centro dinâmico da economia. Não há milagres! Ao menos neste campo. A organização sindical deve ter essa perspectiva. O pluralismo, quando decorre dessas relações centralizadas, é irrelevante. É evidente que me refiro àqueles que querem efetivamente organizar o movimento sindical para valer, para ser ator social importante e relevante.

Nesta passagem – quando a referência comparada ganha espaço –, é importante destacar que o estudo comparado exige, dentre outros rigores, a

identificação justificada do paradigma da comparação. Não podemos comparar situações e institutos cujo resultado final, pela dispersão absoluta de similitudes, não nos permite chegar a qualquer resultado de agregação. O exercício da comparação exige a eleição de realidades minimamente compatíveis.

Olhando para o nosso objeto de análise, o corte importante que devemos fazer é relativo à democracia (se existem direitos de associação, direitos políticos, estrutura democrática mínima) e a industrialização avançada. Neste contexto, observando os países nessas condições que convivem com o pluralismo sindical, a pergunta que não quer calar é: por que nesses lugares a pluralidade sindical a partir de uma estrutura centralizada é a determinante? Porque a partir de uma organização central, a estrutura consegue socorrer, no limite, o setor mais desprotegido ou o mais frágil da cadeia produtiva, e o oposto não é verdadeiro.

A simples integração a uma central sindical lastreada em sindicatos unitários de base territorial municipal, a estrutura básica do Brasil, não garante que o fluxo de representação política e de pressão sobre a cadeia produtiva suba aos níveis superiores na mesma intensidade invertida que chega no processo de descentralização organizada. Ou seja, uma central sindical com uma delegacia num local de trabalho ou numa região transmite sua força. O peso relativo de um sindicato bem situado na cadeia produtiva não irradia sua força à central ou a outras categorias.

Isso é o básico!

Não há muito mistério.

Descentralização organizada não se confunde com pulverização de estruturas com referência em municípios, que é o caso brasileiro.

A pulverização organizativa começa pela menor instância da representação, que no nosso caso detém o monopólio da representação e da negociação coletiva. Com essa amarração não se vai a lugar nenhum, como sabido de todos os que conhecem a área.

O sistema como está não vai funcionar. Com monopólio de negociação conferido aos sindicatos locais é para não realizar plenamente a representação coletiva e as demais atribuições decorrentes do sindicalismo forte e participativo. E assim vamos continuar com o exercício mais apreciado do setor, que é reclamar. Reclamam todos, e o que é pior: cada qual com um pouco de razão. De todo modo, seria interessante que cada ator, mais do que reclamar, procurasse também ouvir o que o seu antagonista ou contrário argumenta.

Examinemos o caso das garantias dos dirigentes sindicais.

DOCTRINA

Pois bem, a pulverização é um problema organizativo, pura e simplesmente. Será?

Com a pulverização da base organizativa dos sindicatos podemos contar com o número absurdo de mais de dezenove mil entidades sindicais. Não fiz a conta, mas esse número pode abarcar um número muito grande de dirigentes sindicais.

Com isso, há uma reação conservadora da jurisprudência, compreensível, diga-se de passagem, que pondera no seguinte sentido: “Não é possível; se todas as entidades sindicais elevarem suas direções para duzentos membros, como fazer com a garantia dos dirigentes sindicais, como fazer? Como acertar esse modelo? Como esse modelo funciona do ponto de vista da democracia?”

Para resolver esse tipo de problema é preciso interpretar o sistema de relações de trabalho e sindical. O sistema tem sempre o encontro das estruturas e institutos dispostos de forma harmônica que promovem o encaixe gerador do funcionamento coerente. É impossível interpretar o sistema na perspectiva de seus resultados com análises pontuais e de oportunidade de ganhos isolados. Quando o que está em jogo é o funcionamento do sistema, a abordagem que busca pretensamente realçar incoerências internas para justificar avanços pontuais, apesar de engenhosa, no fundo não passa mesmo de oportunismo. É muito difícil, para não dizer impossível, extrair coerência de estruturas incoerentes. Neste sentido é que digo que, no Brasil, o mais adequado seria declararmos isso mesmo. O nosso sistema, na perspectiva democrática e de regulação coletiva consistente das condições de trabalho, está no limite.

Este limite fica ainda mais evidente quando analisamos do ponto de vista da particularidade nacional que é a organização patronal, tomada pelos mesmos problemas de baixa representatividade.

A questão da representatividade não é um problema ligado diretamente às pessoas. Ao constatar essa deficiência não se está buscando culpados. O sistema gera isso. Ele foi estruturado para isso. Se não houver um arranjo em sentido contrário ele vai continuar reproduzindo essa debilidade ao longo do tempo. Essa característica sistêmica, todavia, evidencia outra mania nacional que é, para não perder a coerência estrutural, fracionar o debate a tal ponto de tirar-lhe o menor traço lógico conclusivo.

É muito comum encontrarmos pessoas que querem a negociação coletiva, mas são contrárias aos sindicatos nacionalmente articulados. Essas pessoas geralmente postulam a ampliação da negociação no padrão atualmente praticado. A negociação pulverizada de hoje não é pra valer. É importante sempre repetir:

a negociação coletiva decorre logicamente da organização sindical. Voltamos sempre ao sistema.

Mas esse vício distraído de esperteza invertida não é só dos empregadores.

A mesma coisa vale do outro lado: o argumento mais comum do meio é: “Só aceitamos a negociação coletiva ampliada se retificarmos a Convenção 158 da OIT”.

Pronto. Imobilização total.

É claro que a Convenção 158 é importantíssima, é necessária, mas há formas de se construir esse ambiente, sobretudo agora que vivemos um clima de menor pressão sobre o emprego. Agora é a hora de fazermos as transformações com mais tranquilidade. Sem crise econômica e produtiva é mais fácil construir outro tipo de transição.

Mas o fato é que não é possível uma realidade de negociação coletiva forte com sindicatos fracos. Sem sindicato forte, não é viável uma negociação coletiva vigorosa e relevante e não uma mera peça de passagem para a desregulamentação de direitos.

Neste contexto, por exemplo, a regra da data-base só é relevante no procedimento atual. Se contássemos com vários níveis de negociação coletiva ela seria irrelevante do ponto de vista formal. A negociação coletiva que praticamos não goza de espaço para ampliar o nível de proteção ou de regulação. Não tem porque contempla só um nível de negociação. É por esse motivo que as realidades mais contemporâneas articulam a organização sindical estruturada em condições de descentralizar a ação sindical com os respectivos níveis descentralizados da negociação coletiva. É por isso que esses sistemas são harmoniosos do ponto de vista do funcionamento operacional.

Deste modo, é muito curioso o patronato brasileiro – e muitos sindicatos de trabalhadores também – achar muito interessante a ampliação da negociação coletiva atualmente praticada, mas, negar veementemente a negociação coletiva articulada por níveis descentralizados. Nesta passagem o que incomoda é a representatividade de vários níveis a concorrer com a comodidade do monopólio da representação atual.

A combinação da organização sindical com ramo da atividade, representação no local de trabalho e negociação coletiva em todos os níveis, articulada com as instâncias dos respectivos espaços de atuação, é o parâmetro para a formulação do sistema.

Mas, afinal, o sistema deve ser articulado para gerar o quê? Por que estamos discutindo a necessidade de organizar o sistema? Para gerar o máxi-

mo de negociação coletiva, para gerar o máximo de participação, para gerar o máximo de regulação das condições de trabalho, que deve, sim, dar conta de todas as especificidades do mundo do trabalho. O processo de modificação do trabalho é permanente, mas muito do que se modifica decorre das inovações tecnológicas que impactam decisivamente sobre a organização do trabalho, propriamente dita. Isso, contudo, apesar das aparências, não afeta a essência do processo produtivo naquilo que se refere à estrutura de seu funcionamento.

A título de exemplo cabe a lembrança de debate recente sobre o enquadramento sindical de uma empresa fornecedora de autopeças que agora não utiliza mais o metal como matéria-prima, mas o plástico. Essa mudança de matéria prima retirou a empresa do complexo automotivo? Pois bem. Um aspecto lateral, mas importantíssimo, foi determinante para resolver essa questão. O recente marco regulatório da indústria automotiva resolveu o problema. Quem estiver vinculado à indústria automotiva terá um conjunto de benefícios, inclusive fiscais. Se a empresa está apta a integrar o complexo produtivo da indústria automotiva para usufruir dos benefícios do marco regulatório automotivo, é óbvio que o padrão trabalhista a ser seguido deverá ser o automotivo, muito melhor em relação a qualquer outro do país.

Portanto, a questão da articulação de níveis da negociação coletiva é determinada pela estrutura produtiva e joga um papel importante – mesmo residual – na distribuição de renda.

Em suma, para mim, o cuidado com a articulação do sistema de relações de trabalho no Brasil é fundamental. Sem isso, caminhamos sem perspectivas e pautados pelas inúmeras disfunções demonstradas cotidianamente.

Com o devido respeito, muito embora relevante, a discussão sobre a recepção da Convenção 87 pelo ordenamento jurídico nacional é irrelevante. Particularmente acho que sim, mas isso ajuda pouco. Com a ratificação por parte do Brasil dos Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Direitos Cívicos e Políticos, da ONU, em 1992, que praticamente reproduzem as Convenções 87 e 98, esse assunto está resolvido. Mas, não estamos cuidando de um problema meramente formal. Claro que para a OIT interessa a ratificação da Convenção 87 pelo Brasil. Óbvio que é interessante do ponto de vista institucional e também para nós, mas isso não está em discussão. Está em discussão a transição. Como se movimenta de um sistema para outro. Como se faz isso sem dispersar as estruturas e desorganizar ainda mais o processo.

Quando se vai de uma modelagem a outra, qualquer que seja o tipo, econômico, político, social ou sindical, é preciso organizar o processo de

retirada ou de transferência de posição. Isso foi algo bastante enfatizado na recente – frustrada – reforma sindical promovida pelo governo que teve a honra de ser o coordenador técnico. Não era uma reforma de extermínio, mas de transformação. Desta forma, foram criadas as condições para que o sindicato saísse dessa base atual e fosse paulatinamente ganhando densidade em outra. Por isso, foi adotado o princípio do sindicato mais representativo, que resolve a questão da representatividade, da organização e das disputas organizativas de forma democrática e civilizada.

Os sindicatos brasileiros não são representativos. Poucos são. Então, como vamos transformá-los? A ideia é transformar o sindicato fraco em forte. Como se faz? É um acerto político que poucos querem discutir com a comodidade do monopólio de representação, de negociação e de custeio sindical.

A transição é fundamental. Como se faz isso? Criamos na reforma sindical o critério de adensamento por meio das centrais sindicais. Entendemos naquela ocasião que cinco centrais sindicais representavam o espectro brasileiro. Hoje já temos dezessete. Não sei se estão de acordo com os critérios de representatividade estabelecidos. Os critérios dispostos na reforma sindical são objetivos. Recomendo aos que não conhecem a leitura do texto do anteprojeto de lei da reforma sindical. Mesmo porque governo e atores sociais se valem de partes do texto de acordo com as conveniências, desconsiderando que a reforma sindical foi pensada para mudar o sistema.

O Ministério do Trabalho adotou os conselhos de discussão sobre enquadramento sindical. A lei das Centrais Sindicais é cópia piorada do processo de extinção gradativa da contribuição sindical. Inseriram as centrais sindicais e esqueceram-se da extinção da contribuição sindical.

E os problemas continuam.

Agora, reclamam do registro sindical.

O registro sindical não macula a liberdade sindical consagrada pela OIT. Desde que ele não tenha caráter discriminatório, que a autoridade pública não tenha possibilidade de adotar posturas discriminatórias em relação ao registro. É melhor que exista, inclusive para pautar políticas públicas na área. Como fazer política pública sem informação de quem negocia o que com quem? Como fazer políticas dirigidas quando não se sabe quem são os atores sociais? Qual é o problema de informar quem são os dirigentes sindicais? Os comuns informam todos os anos a Receita Federal e outros órgãos públicos destinatários de políticas socialmente relevantes. Qual é o problema de prestar informações sindicais?

DOCTRINA

O registro sindical não tem nada de incompatível com a Liberdade Sindical e tampouco interfere na autonomia sindical.

A polêmica nacional deve-se ao nosso gênio demasiadamente criativo. O Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe ao Ministério do Trabalho promover o registro sindical. Durante bom tempo prevaleceu o absurdo que na hipótese de impugnação ao pedido de registro sindical a decisão caberia ao Poder Judiciário. Ora, não há como não decidir. Vencida essa etapa, agora o Ministério do Trabalho se apega ao Quadro de Enquadramento do Anexo do art. 577 da CLT. Agora voltamos no tempo, pois o anexo referido não se modifica desde a Constituição de 1988.

Assim, a questão passa de difícil para insolúvel.

A Constituição Federal, de fato, incorporou o conceito de categoria. Mas o conceito de categoria da CLT é tão aberto que cabem várias possibilidades organizativas. O que segurava o sistema antes da Constituição era o enquadramento combinado com base territorial e sistema confederativo. Sem um dos pilares o sistema não funciona. É o que temos hoje.

É difícil regular com essa deficiência. Uma alternativa seria a autorregulamentação sindical. Como isso é impossível, as discussões vão ao Poder Judiciário, que de certa forma, também participa do enquadramento sindical no Brasil.

Difícil.

A história sindical recente do país no que tange ao registro sindical registra um curioso movimento. Quando a Constituição de 1988 foi promulgada havia um ímpeto reformista sindical polarizada na discussão do contrato coletivo de trabalho como alternativa ao pacto social. Com a posse do Governo Collor o registro sindical foi fortalecido, resgatando-se praticamente todo o sistema CLT. No Governo Itamar Franco houve o Fórum do Contrato Coletivo e das Relações de Trabalho e o peso do registro sindical sensivelmente diminuído. O Governo FHC outra vez fortaleceu o registro sindical. O primeiro Governo Lula buscou fazer a reforma sindical e novamente o registro sindical ficou em segundo plano. No segundo Governo Lula a reforma sindical foi abandonada e o registro sindical novamente virou relevante.

É assim que o Brasil tem trabalhado o tema.

Contudo, por mais paradoxal que possa parecer, a cada fortalecimento da fase do registro sindical, mais fica evidenciada a urgência da Reforma Sindical.

Muito obrigado.

OS PADRÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO DIANTE DO FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO: NOVO ENFOQUE PARA AS REFORMAS TRABALHISTA E SINDICAL NO BRASIL

Maria Cristina Mattioli*

I – INTRODUÇÃO

Tem-se observado nas relações das nações mais industrializadas do mundo, com a mudança econômica internacional, o surgimento de países emergentes como novos e eficientes competidores, determinando nos anos 80 uma mudança na ordem internacional do trabalho. Dentro deste contexto, o termo “globalização”, teoricamente assim denominado no início dessa década, caracteriza um processo de integração no marco das relações de intercâmbio econômico que conduz a uma crescente unificação de mercados nacionais e ao surgimento de um “mercado global” de bens e serviços internacionalmente negociáveis. As consequências econômicas, sociais¹ e políticas deste fenômeno da economia repercutem, fortemente, sobre a concorrência que disputam os diferentes países para atrair maiores investimentos e que transformarão, profundamente, o atual cenário do trabalho.

Em nosso entender, uma das consequências possivelmente mais significativas a longo prazo e derivada da globalização será o deslocamento do poder de decisão econômica a grupos de empresas internacionais². Uma característica inarredável é o recente estudo das “transnacionais” que, com sua forte indepen-

* *Desembargadora Federal do Trabalho – TRT da 15ª Região; pós-doutora em Estudos Internacionais pela The London School of Economics and Political Science e Harvard Law School.*

- 1 Até mesmo aqueles que aceitam o capitalismo e são favoráveis à integração econômica concordam que a globalização não pode prosseguir a menos que as regras econômicas prestem mais atenção às questões sociais, aí incluídos os padrões de trabalho. Afinal, o tema da relação entre trabalho e globalização não é novo e tem se tornado mais proeminente nos últimos anos em razão do rápido crescimento econômico global, buscando assegurar aos trabalhadores uma parcela dos frutos deste crescimento.
- 2 Sustenta Graciela Bensusán que “hay que insistir en el hecho de que las regulaciones actuales y los intereses que éstas protegen reflejan el creciente poder del capital (y de las empresas transnacionales) para influir en la decisión sobre qué debe ser protegido y qué es o no es un obstáculo o un estímulo para la competitividad” (Regulación laboral y globalización: análisis de una propuesta. Workers in the Global Economy. Site: <www.laborirghts.org/projects/globalecon/bensusan.html>).

dência, apresentam estruturas produtivas e organizativas distintas e cujo propósito é facilitar o intercâmbio flexível de bens e serviços entre regiões distintas.

Evidentemente, isso acarreta significativa repercussão sobre o emprego e a política social, na medida em que permite subtrair políticas de seus países de origem, trasladando, seletivamente, suas atividades para localidades que ofereçam condições impositivas e financeiras mais vantajosas com normas de meio ambiente menos restritas e com custos laborais e sociais mais baixos. É neste ponto que os empregos ficam expostos diante da concorrência internacional, por atrair capital e empresas, e por onde se verifica a possibilidade de uma terceirização, no exterior, dos processos produtivos.

Não obstante estas transformações econômicas internacionais, gerando o fenômeno da globalização, não é menos verdade que o regime político também influencia a política comercial e a política laboral. O vínculo entre o sistema político de um país e seu crescimento econômico tem atraído muitos estudos nos últimos anos.

Nesse sentido, lícito afirmar-se que o regime político influencia a abertura econômica e, por conseguinte, é a partir da definição do modelo econômico adotado que se perquirirá sobre o sistema de relações de trabalho que se pretenda adotar para o país. A demonstrar esta afirmação, vemos muitos governos em países em desenvolvimento – ou emergentes – adotarem políticas laborais incluindo salários-mínimos e garantias de emprego que beneficiam um pequeno grupo de trabalhadores. Todavia, sustentam autores (Arup Banerji e Hafez Ghanem, 1998) que esta mesma política limita as oportunidades de trabalho informal, agravando a desigualdade de renda, gerando perdas e desencorajando investimentos e crescimento. É certo que outros países, também em desenvolvimento, adotam regimes diferentes e os resultados são outros.

Assim, a primeira questão que se coloca é: *será que o tipo de regime político influencia a política laboral?* À primeira vista a resposta parece ser afirmativa, e foi este o ponto defendido em dissertação de mestrado desenvolvida na Universidade de Harvard, na qual se discutiu o papel da representação dos trabalhadores nas empresas, no contexto da flexibilização, em termos comparativos entre o Brasil e os Estados Unidos.

Assim, partindo-se da premissa segundo a qual é o regime político que define o sistema econômico e, a partir deste, a política das relações de trabalho, é possível admitir-se que, nos países latino-americanos, esta conclusão se faz presente e o caminho é a flexibilização das relações de trabalho, dentro dos regimes neoliberais e democráticos que caracterizam as reformas labo-

rais, atualmente, na América Latina³. É por essa razão que, neste contexto de reformas econômicas e democratização, os países latinos estão revisando sua legislação laboral⁴.

Tradicionalmente, a legislação relativa aos contratos individuais de trabalho são fortemente detalhistas, regulatórias e protetivas. A legislação sindical reflete os esforços do governo em controlar o sindicalismo, envolvendo altos níveis de intervenção estatal (regime político intervencionista). O Brasil é exemplo desta legislação, resquício do movimento getulista, que introduziu regras do sistema corporativista italiano, procurando imobilizar o movimento sindical, categorizando os trabalhadores e sua representação numa mesma base territorial, afastando, até o momento, os ditames da Convenção nº 87 da OIT.

Tendências recentes refletem o rompimento com este sistema. A mudança mais comum é em direção a um maior grau de flexibilidade, tanto no direito individual como no direito coletivo do trabalho. Não obstante estas tendências, há países que ainda procuram reforçar e estender proteção para trabalhadores individuais e manter forte controle estatal nas relações de trabalho.

É evidente que este rompimento, por sua vez, acarreta forte tensão entre a globalização econômica e a universalização dos direitos do homem, especialmente quando se leva em consideração que os direitos trabalhistas fazem parte desta 3ª geração de direitos humanos. Tal tensão se constata da dualidade institucional com que estão sendo construídas a ordem jurídica do mercado e a ordem dos direitos do homem, isto é, uma construção separatista, colocando-se a OMC – Organização Mundial do Comércio – frente à ONU – Organização para as Nações Unidas – e a OMC – Organização Mundial do Comércio – frente à OIT – Organização Internacional do Trabalho –, por exemplo. Essa é uma

-
- 3 Interessante observar que existe uma divergência conceitual entre liberalização da economia e justa economia. O primeiro conceito decorre da doutrina econômica neoliberal que vê os direitos trabalhistas como uma interferência no mercado, impedindo a eficiência e a concorrência. Esta doutrina vê que a melhor proteção para os trabalhadores, num mercado altamente competitivo e desregulado é frear a imposição de padrões mínimos de trabalho. O segundo conceito, por sua vez, decorre da crença segundo a qual uma proteção social requer negociação política e os padrões não podem ser fixados pelo mercado (“let the market do it” or “let the International Labor Organization or the World Trade Organization do it”). A mobilidade do capital e a liberdade concedida às empresas para fixar seus investimentos em qualquer lugar do mundo, força os países a baixarem seus padrões de trabalho, levando ao *dumping* social.
- 4 A globalização não suscita apenas mudanças econômicas. Ela lança, também, desafios ao Direito, que podem ser assim resumidos: a) contradição ou interdependência entre mercados e direitos do homem é o desafio da *factibilidade*; b) desordem normativa ou pluralismo ordenado é o desafio da *racionalidade*; c) plutocracia ou democracia é o desafio da *legitimidade*. Daí decorre a indagação: *será que existe legitimidade na transferência das competências legislativas e judiciárias para o proveito de uma global governance?*

contradição fundamental entre as estruturas institucionais que impulsionam a integração econômica e aquelas construídas para assegurar equidade e solidariedade. Uma dificuldade que decorre desta dualidade é a implementação de mecanismos de controle e de exigibilidade destes direitos, decorrentes da necessidade de uma reforma legislativa⁵.

II – OBJETIVO

O propósito deste estudo é demonstrar a validade desta premissa: o sistema político regula o sistema econômico e este, por sua vez, o sistema das relações laborais⁶. Em decorrências, podem ser extraídos os seguintes pontos de intersecção:

1) Três tipos de mudanças têm ocorrido no mundo:

a) A flexibilização legal, que desregulamenta o mercado de trabalho, diminuindo o custo da mão de obra e autorizando contratação versátil, de acordo com a necessidade do mercado.

É evidente que, nesse aspecto, os bancos internacionais de desenvolvimento e o Fundo Monetário Internacional exercem papel importante. A

5 Dentro desse contexto de tensões, é evidente que a resposta a esta mudança está, sem dúvida alguma, ligada ao reconhecimento da relação existente entre economia e direitos do homem, dentro desses, os direitos sociais. Na verdade, tanto o fenômeno da globalização como a integração regional (resposta à globalização), levam em conta, inicialmente, o plano econômico. Posteriormente, é que se passa a falar de uma “dimensão social”. Na União Europeia, por exemplo, a dimensão social faz uma modesta aparição com o acordo sobre a política social, anexado ao Tratado de Maastricht (1992). Capítulos sociais também vêm sendo inseridos nos acordos de integração econômica regionais, como o Mercosul e o SADC (*Southern African Development Community*). Segundo o Sistema Geral de Preferências (GSP) dos Estados Unidos, benefícios podem ser suspensos em casos que envolvam a utilização de trabalho infantil e a obstrução da liberdade de associação. Essa dimensão social, consubstanciada na consagração de padrões internacionais de trabalho e sua operacionalização, também tem sido objeto de normatização pela Organização Internacional do Trabalho.

6 Um aspecto importante, neste ponto, é examinar o debate sobre quando e como vincular os padrões de trabalho ao comércio, fato que tem levado os Estados Unidos, por exemplo, a um impasse na elaboração de política econômica. Em decorrência, muito se discute acerca da necessidade de inclusão da chamada “cláusula social” nos acordos de comércio internacional, examinando seus riscos e méritos, bem como analisando aspectos práticos de sua implementação para uma economia global mais integralizada. O debate aqui suplanta a esfera nacional e alcança foro internacional, levando à discussão sobre qual organismo internacional, inclusive, teria a responsabilidade por esta política de padrões mínimos, isto é, a Organização Internacional do Trabalho ou a Organização Mundial do Comércio. A discussão tem fundamento na divergência conceitual acima tratada posto que, para os defensores da liberalização total do comércio, uma cláusula como esta implicaria mexer com discriminação no comércio, o que para eles é inaceitável, ao passo que, para os defensores do segundo conceito, tal cláusula funcionaria como uma proteção contra o *dumping* social, em clara interpretação extensiva da cláusula *antidumping* já existente no GATT.

influência destas agências na escolha dos modelos de reforma para os países em desenvolvimento é substancial. O modelo econômico imposto por estas instituições acentua a importância do mercado e a necessidade de reduzir o papel do estado na economia, bem como a importância da estabilidade macroeconômica, que se coloca como molas propulsoras do crescimento e desenvolvimento das nações. Daí sua preferência pela redução dos custos da mão de obra, pela flexibilização dos mercados de trabalho e o mínimo de investimentos públicos em seguridade social⁷;

b) Reformas liberais encorajando o pluralismo sindical, em oposição ao sistema corporativista;

c) Proteção ao trabalhador, estimulada pela negociação coletiva.

Assim, a modificação do sistema laboral, refletindo na reforma legislativa, é resposta à pressão econômica e às políticas neoliberais de flexibilização do mercado⁸.

2) Em relação às empresas, pode-se observar que:

a) As grandes empresas – as chamadas “transnacionais” – se caracterizam por fazer uso de mão de obra em todo o mundo, o que implica deslocamento e distribuição de postos de trabalho entre diferentes países e uma crescente diferenciação na política migratória e na flexibilização laboral, refletindo no custo do produto (objetivo é evitar o *dumping* social).

A propósito, registre-se o exemplo da ameaça das empresas em fechar ou transferir seus centros produtivos caso o direito à organização sindical não se converta em garantia global. Uma situação como esta, sustenta Graciela Bensusán, “redundará en un aumento irrefrenable del poder de las empresas trasnacionales para imponer condiciones y en un avance muy lento de cualquier esfuerzo por disminuir las violaciones a los demás estándares laborales que descansa en la capacidad de denuncia de los trabajadores desorganizados

7 Para aqueles que defendem a ideia de uma dimensão social no âmbito econômico, obviamente, não concordam com esta visão dominante. Apregoam a necessidade de se repensar o próprio conceito de desenvolvimento e a reorientação das estratégias de crescimento global. Os críticos apontam, ainda, que as consequências desse pensamento dominante levam ao desemprego, ao empobrecimento e às desigualdades na distribuição de renda.

8 A reforma legislativa não se faz apenas no âmbito nacional. Aqui, ela reflete a tendência do Direito Internacional, já que o fenômeno chamado de globalização traz uma transformação dos sistemas de Direito, sob a dupla influência do *mercado e dos direitos* do homem. No que tange ao mercado, trata-se da globalização econômica. Do lado dos direitos do homem, observamos a emergência dum universalismo ético, anunciado desde 1948 pela Declaração *Universal* dos Direitos do Homem, e enquadrada, a partir de então, por diversos instrumentos internacionais, nos quadros nacional, regional ou mundial.

o en la habilidad de las organizaciones no gubernamentales para extender su influencia”⁹;

b) As “transnacionais” suplantam o direito interno local e “forçam” reformas laborais, em face da modificação do sistema produtivo, pós-capitalista, que exige mão de obra flexível.

Mas isto não é só. As empresas transnacionais também são responsáveis pela imposição de uma cultura global¹⁰ através dos chamados “códigos de conduta”. Ao contrário de outros mecanismos condicionantes do comércio e da política regional, os códigos de conduta diretamente afetam os trabalhadores nas empresas que os adotam. Em decorrência, eles não requerem que mecanismos de regulação estatal sejam criados onde eles não existam e, por outro lado, onde eles existem, podem forçar sua modificação através da prática de consumo. A dificuldade reside na inexistência de um sistema efetivo de monitoramento e exigibilidade destes códigos.

Nesse sentido, as empresas são socialmente responsáveis pela formação de padrões de emprego e direitos humanos no trabalho, trabalhando em cooperação com instituições externas ao mercado de trabalho.

3) As reformas políticas e as necessidades econômicas atuais cristalizam os seguintes aspectos:

a) Múltiplas formas de empregos alternativos, cujas características se resumem na criação de *part-time jobs* e contratos por prazos determinados, como medidas de solução do desemprego, embora acarretem maior instabilidade no emprego;

b) Necessidade de fixação de um padrão mínimo de direitos laborais, no âmbito internacional, a ser respeitado pelos países. As ações políticas tomadas no âmbito estritamente nacional são, agora, insuficientes para manter os padrões já existentes e assegurar ao trabalhador uma justa distribuição dos frutos da integração econômica.

Em consequência, emerge o debate acerca da necessidade dos governos em desenvolver novos enfoques no nível supranacional e global, a fim de assegurar maior proteção aos trabalhadores.

9 *Op. cit.* p. 4.

10 *Op. cit.* p. 4.

III – FUNDAMENTOS

A proposta consiste, sinteticamente, em estudar e demonstrar a existência dos pontos de intersecção acima expostos, à luz do impacto que os processos de globalização e de integração regional trazem para o sistema das relações de trabalho nos países, a partir das mudanças políticas ocorridas durante a década de 90, culminado com processos de democratização e abertura políticas.

Em verdade, não mais se pode falar de uma dupla divisão entre os sistemas econômico e social, mas sim em interdependência entre eles, sempre vinculado ao sistema político¹¹. A renúncia a esta dualidade faz difundir a construção de uma nova ordem internacional do trabalho, fundida na igual dignidade de todas as principais liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Consagrada a indivisibilidade de todos os direitos fundamentais, estar-se-á criando uma nova ordem internacional do trabalho.

As premissas acima levam às seguintes indagações:

- 1) O sistema político interfere no sistema econômico?
- 2) O sistema econômico molda, de fato, o sistema laboral?
- 3) A política neoliberal acarreta a formação de uma nova ordem internacional do trabalho?
- 4) Qual o papel das empresas transnacionais nesta nova ordem internacional do trabalho?
- 5) Qual o impacto desta nova ordem internacional do trabalho nas relações de trabalho internas de um país?
- 6) É possível falar-se na fixação de um padrão mínimo de trabalho diante desta nova ordem?
- 7) Como implementar este padrão mínimo, internacionalmente reconhecido, no sistema nacional?
- 8) A cláusula social, se introduzida nos acordos de comércio internacional, é fundamento para a formação desta nova ordem internacional do trabalho?

11 O jornalista David Bacon bem ilustra esta conclusão ao comparar a proposta de sindicalistas conservadores com sindicalistas considerados de “esquerda”. Analisa a postura da social democracia (no poder na Inglaterra, França, Alemanha e Itália) e conclui pela existência de um conflito de interesses entre economia e necessidades sociais (Will a Social Clause in Trade Agreements Advance International Solidarity? *Site*: <www.focusweb.org/publications/Roundtable/reader-bacon.htm>).

9) As sanções comerciais podem ser consideradas instrumentos de intervenção econômica quando decorrentes do descumprimento da chamada cláusula social ou do não atendimento aos padrões mínimos de trabalho?

10) Há necessidade de se reconceituar o Direito do Trabalho diante desta nova ordem internacional do Trabalho? Em que medida e extensão?

11) Poderia a Organização Internacional do Trabalho desempenhar um novo papel na economia global ou sua estrutura e tradição são obsoletas?

12) Deveriam os proponentes de padrões mínimos de trabalho concentrar seus esforços no nível global, ou seria melhor trabalhar com instituições regionais como a União Europeia, NAFTA, Mercosul e, futuramente, a Alca?

A natureza complexa e multidisciplinar destas indagações, que circundam o tema dos padrões internacionais do trabalho, levam a um debate considerável na comunidade internacional e necessitam de respostas diante da transformação do modo de pensar o novo modelo econômico¹². São elas necessárias para aqueles que aceitam a necessidade de se construir uma dimensão social no mundo econômico. Esta nova visão requer uma ampla revisão da orientação tanto da Organização Mundial do Comércio como dos bancos internacionais. A Organização Mundial do Comércio deveria aceitar a legitimidade dos padrões de trabalho dentro do regime comercial e os bancos deveriam aceitar a importância de rígidos padrões de trabalho e sindicatos fortalecidos nas suas estratégias de crescimento¹³. A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, entende

12 Essa mudança também foi constatada por Thomas A. Kochan, Diretor do Instituto de Pesquisa do Trabalho e Emprego, do MIT, no trabalho *Building a New Social Contract at Work: A Call to Action*, apresentado no 52º Encontro Anual da Associação de Pesquisa em Relações Industriais. No preâmbulo do trabalho menciona: “Who works and how we work have changed dramatically in recent years, yet the policies and institutions governing work and employment remain mired in the world of work of the 1930s. As a result, the social contract – what we expect from and are accountable for at work – has broken down. The central challenge of our generation of industrial relations professionals is to update these policies and institutions to create and support a new social contract capable of meeting the needs and expectations of the workforce, economy, and society of the 21st century”. Nesse sentido, ele propõe uma estrutura institucional e política para reconstruir o contrato social que permita famílias trabalhadoras e empregadores a reobter o controle sobre o seu destino no trabalho.

13 Nesse sentido é a opinião de David Trubek: “In this approach, what is really at stake is whether the overall vision for global governance that is emerging does, or does not, include a social dimension. The issue of trade conditionality for violations of core rights is a boundary question – the issue is not whether such rules will make a huge difference to anyone (they may not), but whether including them in the trade regime transgresses an ideological boundary that, once breached, could lead to a very different type of world system. Opponents of the core rights approach see themselves defending a key boundary condition of global governance; many proponents of a socially-oriented world economy believe that if this relatively small change cannot be made, then nothing else can be achieved” (*Global Governance, Worker Rights and Labor Standards: Building a Social Dimension in the World Economy*, David M. Trubek e Jeffrey S. Rothstein).

que, atualmente, é indispensável levar-se em consideração a dimensão social da globalização. Afinal, a razão de ser desta instituição é garantir a paz social, sem a qual nem o sistema multilateral de comércio nem o sistema financeiro seriam capazes de se desenvolverem ou de sobreviverem. Sua resposta, ao desafio da globalização, tem duas dimensões. Primeiro, a necessidade de assegurar proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores. Segundo, entabular esforços no sentido de modernizar seu sistema de padrões. Seu mais importante e recente trabalho foi a promulgação, em 1998, da Declaração sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho¹⁴, que pode ser vista como um reflexo dos estudos feitos pela OECD em 1996, bem como da Declaração de Singapura, pela OMC, também nesse ano.

Ao mesmo tempo, não se pode perder de vista que a luta por direitos trabalhistas e padrões mínimos de trabalho está contextualizada num momento de grande volatilidade no mundo econômico. A economia, tanto no Hemisfério Norte como no Hemisfério Sul, está mudando rapidamente. É também um período de turbulência em se tratando de políticas públicas e governo. Antigas ideias de como conduzir a coisa pública e regular a economia estão sendo desafiadas por novos pontos de vistas que chamam a atenção para um novo papel do Estado, aumento das parcerias público-privadas, maior flexibilidade e maior ênfase em sistemas de múltiplos níveis (nacional, regional e supranacional).

IV – POLÍTICA, ECONOMIA E TRABALHO

Stiglitz explica que o governo desempenha papel fundamental na determinação da estrutura econômica, daí porque não se pode separar política de economia, exemplificando com Teddy Roosevelt, que descobriu isso na virada do século passado. Mais especificamente, assim se manifesta: “(...) his (Roosevelt) attack on trusts was not so much motivated by the loss of efficiency from the Harberger triangles resulting from monopoly power, as by the loss of democracy from the concentration of political power that follows from the concentration of economic power. (...) The interplay between politics and economics has been seen most dramatically in Russia, where the privatization

14 Esta Declaração é um dos quatro pilares do chamado “trabalho decente” sobre o qual todo o trabalho da OIT tem sido construído. “*The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity. This is the main purpose of the Organization today. Decent work is the converging focus of all its four strategic objectives: the promotion of rights at work; employment; social protection; and social dialogue. It must guide its policies and define its international role in the near future*”, *Decent Work*, Report of the Director-General to the 87th Session (1999) of the Conference, p. 3.

process resulted in the devastation of the middle class, and the creation of huge inequalities and an oligarchy which, if it seeks to establish a rule of law, will use its wealth and power to try to ensure that that rule of law favours itself¹⁵.

No mesmo sentido, Tamara Unger analisa a política brasileira durante a década de 70, previamente à abertura dos anos 90, e sustenta que o objetivo da estratégia de industrialização teve apoio do Governo, na forma de planejamento das iniciativas, criação de subsídios e protecionismo para criar um complexo industrial de acordo com o modelo fordista¹⁶. Esta afirmação, por si só, consolida o argumento. Durante esse período, as empresas estatais criadas pelo governo produziram *inputs* para as empresas privadas, cuja grande maioria eram multinacionais. Essa estratégia *política* é conhecida como substituição de importações e seu papel *econômico* representou uma garantia do governo em relação às margens de lucro das empresas privadas no setor subsidiado. Assim, o governo, de forma *política*, desenvolveu uma estratégia de crescimento econômico. Essa forma de industrialização encerrou o estilo fordista de produção e, com ela, reproduziram-se no Brasil muitos dos bens de consumo produzidos nos países desenvolvidos.

Até este momento, o sistema de trabalho foi moldado para atender esse formato econômico. Porém, com um modelo de indústria pós-fordista, possuidora de máquinas flexíveis e de técnicas flexíveis de produção, houve necessidade de se reorganizar as relações de trabalho, atendendo, ainda, às imposições das transformações tecnológicas.

Evidentemente, este modelo de substituição de importações falhou. Para corrigir essas falhas, ocorridas não só no Brasil, mas também em vários outros países da América Latina, o continente, quase que na sua maioria, aderiu às chamadas ideias neoliberais das instituições financeiras internacionais, centralizadas nos Estados Unidos. A adoção dos instrumentos descritos nessa nova estratégia de crescimento econômico decorreu, mais uma vez, de um processo de escolha política. Coincidentemente, sua implementação ocorre no mesmo momento em que a América Latina deixa seu modelo político autoritário – muitas vezes militar – e sofre transformações, alcançando os limites da democracia. Logo, a adoção do modelo econômico, mais uma vez, decorreu da política.

A proposta neoliberal – como preferem os latinos americanos e europeus – concentra-se em quatro pontos fundamentais: estabilização econômica e monetária através de ajuste fiscal; liberalização da economia interna para a

15 Stiglitz, Joseph. *Op. cit.*

16 Tamara Unger. *Op. cit.*

concorrência estrangeira; exportação e privatização. Não é o objetivo elaborar críticas ou defesas para o regime, mas, sim, verificar, de forma institucional, como este modelo econômico influenciou o sistema de relações laborais.

Nesse sentido, tem-se verificado que houve uma forte tendência para alteração das relações do trabalho, influenciando a legislação pertinente. Assim, em razão deste modelo econômico adotado pela ortodoxia neoclássica, o mercado impera, livremente, e, como o trabalho faz parte deste mercado – do produto –, ele também deve ser livre. Essa liberdade deve se refletir na forma de contratação, também livre, de tal sorte que a transação laboral seja vista dentro da teoria dos contratos. Logo, a necessidade de afrouxamento da legislação trabalhista é imperativa do modelo econômico escolhido.

Esta visão, de Direito do Trabalho vinculado à economia, ou analisado à luz da economia, tem sido acolhida por muitos juristas americanos. Na opinião do Juiz Federal e Professor de Direito e Economia da Universidade de Chicago, Richard Posner, “labor law is as natural a fit for the application of economics to law as one could imagine. It regulates explicit markets that have been a subject of continuous and fruitful economic study since Adam Smith. And though in recent years the focus of labor economics has shifted from unions to other phenomena of labor markets, such as human capital and employment discrimination, there is a rich – and reviving – contemporary literature on the economics of unions”¹⁷.

A vinculação das relações de trabalho e sua regulamentação – um mosaico de leis, normas administrativas e decisões judiciais – com a política, em especial no Direito Norte-Americano, foi bem ressaltada por Campbell, sustentando que não há como ignorar as raízes políticas do Direito do Trabalho e nem o *insight* econômico. E, neste sentido, faz uso análogo das leis de concorrência – *antitrust law* – às leis do trabalho. Conclui dizendo que “all usefull economic analyses of labor law address the fundamental relationship that a constraint in the labor market necessarily leads to a constraint in the product market”¹⁸.

17 Posner, Richard A. Some Economics of Labor Law. Symposium: The Conceptual Foundations of Labor Law. University of Chicago Law Review, Fall, 1984. Citada como 51 U. Chi. L. Rev. 988.

18 A falácia estaria em aceitar algumas assertivas. Assim esclarece Campbell: “(labor law) is deeply steeped in history and political compromise. The search for a unifying theme has taken scholars more often to the study of American politics than to a body of thought developed with mathematical rigor from assumptions about economic behaviour. There is some feeling that, even if applicable, the resort to economic analysis is inappropriate: the labor of human beings cannot be treated like a quantity of electricity or concrete to be put into an equation in determining output. Finally, the motivations behind the labor laws respond to the one area regarding which classical microeconomics offers the least guidance: a desire to transfer wealth from one group of persons to another”.

DOCTRINA

Convém ressaltar, contudo, que, para Karl Marx, a relação ocorre em outro nível. Marx argumenta que é a base econômica que determina a “superestrutura” política, legal e cultural. Mudanças e contradições na base – devido ao desenvolvimento das forças produtivas (incluindo a tecnologia) e, conseqüentemente, a inevitável explosão dos atuais modelos de produção, refletem na superestrutura. De fato, a superestrutura, incluindo a política pública, legislação e jurisprudência, meramente serve para reproduzir a base econômica, em tempos modernos, a forma capitalista de produção¹⁹.

A conexão não é diferente em outros lugares do mundo. Comentando o fórum de debates sobre Direito e História, na Austrália, a Professora Hunter sugere que “Australian historical writing on the legal framework for colonial economic activity has tended to focus on land law (land as the economic base of settlement) and labor law (the Australian colonies being blessed with a rich history of experiments and innovations in *labor regulation*)”. Ela faz a análise de dois artigos que endereçaram o tema de direito e economia sob diferentes ângulos. Bruce Kercher é um dos poucos historiadores legais australianos interessados em atividade comercial geral, daí sua preocupação com a questão da propriedade do trabalho do preso e com o efeito da doutrina do *attaint*²⁰ na vida econômica da colônia. A visão de Kercher assemelha-se com a visão da Escola de Wisconsin sobre história legal, liderada por J. Willard Hurst na década de 50. Hurst insistia em ver o direito no seu contexto social e econômico e não como uma entidade autônoma. Isso significou uma grande mudança no enfoque da doutrina legal *per se* em relação à maneira na qual o direito era utilizado e experienciado. Também envolvia uma visão funcionalista da lei, na qual a lei desempenhava um papel instrumental ao fornecer uma estrutura regulatória otimizada dentro da qual a atividade econômica capitalista poderia estar localizada e responder às mudanças das condições econômicas, quando necessário. Em outras palavras, a atividade econômica (atual ou desejável) era previamente dada e a lei, idealmente, a seguia. O sucesso da lei poderia ser avaliado em razão da extensão em que ela coincidia com a situação econômica corrente. Deriva desta visão o descontentamento com decisões judiciais que complicam, mais do que facilitam, o desenvolvimento da vida comercial, no caso de Kercher, da colônia penal.

19 WEDDERBURN, Lord et al. *Labour Law in the Post-Industrial Era. Studies in Modern Law and Policy*. Editor: Dartmouth, 1994. *Introduction*.

20 At common law, the act of extinguishing a person’s civil rights when sentenced to death or declared an outlaw for committing a felony or treason. *Black’s Law Dictionary*. Bryan A. Garner. Editor-in-Chief. West Group, 1996, p. 49.

Golder e Kirkby, por outro lado, claramente situam seu argumento dentro de um debate feminista mais amplo sobre a dependência-independência econômica da mulher. A capacidade das mulheres em ganhar seu próprio sustento está teorizada como uma condição necessária de liberdade do controle patriarcal e também pode ser entendida como um marco essencial da completa cidadania nas sociedades liberais. Dentro dessa estrutura teórica, Golder e Kirkby apresentam a lei como parte do contexto dentro do qual mulheres casadas têm tentado negociar sua autonomia econômica. Elas não consideram a lei em termos funcionalistas, muito embora, em alguns períodos, isto tenha ocorrido, e elas mesmas exemplificam quando os tribunais, nos primeiros momentos da colonização, fecharam os olhos para a incapacidade civil das mulheres, a fim de assegurar que todas aquelas pequenas comunidades pudessem obter adequado suprimento de serviços que, numa economia segregada sexualmente, apenas as mulheres poderiam fornecer. Para elas, a lei parecia desempenhar um papel simbólico e ideológico, expressando e projetando visões normativas sobre as atividades econômicas apropriadas para as mulheres casadas e para a apropriada divisão do trabalho, considerado o gênero, dentro do casamento²¹.

Resulta claro, portanto, que o *mercado* necessita de instituições. Esta proposição implica dizer que a maneira na qual o mercado de trabalho funciona depende, entre outros fatos, das instituições²².

V – A NOVA ORDEM E O NOVO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO: GLOBALIZAÇÃO, NEOLIBERALISMO E PADRÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO

Na definição de Harry Arthurs, globalização é um sistema político, às vezes conhecido como neoliberalismo, um tributo a Adam Smith e aos economistas liberais do século XIX. Os neoliberais acreditam que as forças do mercado são superiores a todas as outras formas de ordem social. Consequentemente, seu objetivo é eliminar a regulação do mercado doméstico, bem como as barreiras ao comércio transnacional. Mas, por outro lado, sustenta este Professor de Direito e Ciência Política e também Presidente Emérito da Universidade de York, em

21 Rosemary Hunter, dean of the faculty of law at Griffith University, Queensland, Australia. Australian Legal Histories in Context. Law and History Review. Fall, 2003 (21 Law & Hist. Rev. 607). Westlaw database.

22 Como dito por Coase: "(...) without the appropriate institutions no market economy of any significance is possible" apud Labour market theories and labour standards. Adolfo Figueroa. In: International labour standards and economic interdependence. Editado por Werner Sengenberger e Duncan Campbell. International Institute for Labour Studies, Geneva. 1994.

Toronto, no Canadá, globalização também é um sistema jurídico, pois depende da vontade de outros Estados em afastar antigas leis que limitem o comércio e trazer novas leis de acordo com os regimes regulatórios e de propriedade dos seus parceiros comerciais internacionais, tudo para facilitar as transações internacionais²³.

Apesar de todo este movimento em torno da globalização, que envolve aspectos econômicos, tecnológicos, políticos, culturais e legais, muitos juristas ainda insistem em afirmar que o Direito do Trabalho é *local*. Porém, esquecem-se da existência do NAFTA (*North-American Free Trade Agreement*) e seu anexo, o NAALC (*North-American Agreement on Labor Cooperation*), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, a Organização Internacional do Trabalho e tantos outros organismos e instrumentos jurídicos internacionais que tratam dos direitos dos trabalhadores, enfim, todo um corpo de normas internacionais do trabalho. A falta de mobilidade internacional do trabalhador e de relacionamentos transnacionais entre seus representantes sindicais, bem como o fato de muitos empregadores e advogados acreditarem na existência de um único Direito do Trabalho nacional, não pode afastar o entendimento anterior, isto é, de que existe um Direito Internacional do Trabalho.

Dessa forma, além de toda a discussão que envolve a globalização, dentro do contexto neoliberal e dos avanços tecnológicos, pode-se sustentar que ela também modificou a forma de pensar o Direito do Trabalho e a Política do Trabalho, na medida em que os países se veem diante da competitividade no emprego, investimento e prosperidade. E aqui surge uma forte tensão entre o novo modelo que se coloca em razão das mudanças estruturais na economia, que forçam um novo regime de relações do trabalho e um modelo que aceita estas mudanças, mas não concorda com a renovação do sistema laboral e da legislação do trabalho, por acreditar que esta ainda é efetiva na proteção dos direitos dos trabalhadores, numa economia globalizada. Sustente-se, ainda, que as empresas transnacionais detêm o poder de escolha, isto é, podem escolher seus empregados em qualquer parte do mundo, apenas transferindo seus setores produtivos. E, como fazer com uma transnacional, que tem ramificação na Alemanha, na Venezuela e nos Estados Unidos, por exemplo, que pretende manter um mesmo padrão de direitos entre todas elas, mas encontra obstáculos nas legislações nacionais?

23 Reinventing Labor Law for the Global Economy. Berkeley Journal of Employment and Labor Law. 22 Berkeley J. Emp. & L. 271, 2001.

O que se observa, portanto, é que a globalização transformou as atividades laborais para além das fronteiras nacionais e, ao mesmo tempo, enfraqueceu a legitimidade política e os efeitos práticos da legislação nacional²⁴. Por outro lado, fortaleceu o desenvolvimento de um novo sistema de regulação do trabalho que melhor responde às realidades das atividades econômicas transnacionais. De toda sorte, a globalização econômica modificou não só o sistema laboral e legislativo nacional, mas também o sistema internacional. Mais ainda, alterou o dia a dia das relações laborais, como sustenta o Professor Harry Arthurs: “law, in the formal sense of international or national law, is not the only law that operates in the workplace. Equally important is the so-called ‘law of the shop’, the web of rules found in all workplaces, whether unionized or not. By transforming corporate management, globalization has transformed the law of the shop, no less than it has national or international law”²⁵.

Nesse sentido, deve-se admitir que um novo Direito do Trabalho está emergindo desta nova economia global. E ele está, lentamente, formatando as relações entre as empresas transnacionais e seus empregados, bem como influenciando as relações industriais e os sistemas jurídicos laborais dos parceiros comerciais em todo o globo.

Este novo Direito do Trabalho é composto de cinco elementos:

1) Tratados e convenções internacionais, como as normas fixadas no NAALC (*North-American Agreement on Labor Cooperation*), regulando as relações entre Estados Unidos, Canadá e México ou as normas diretivas emanadas do Tratado de Roma, na União Europeia, apesar de toda a ‘resistência

24 Há quem sustente o contrário. Comentando os livros *International and Comparative Industrial Relations: The Global Economy, National States, and the Regulation of Labour*, editado por Paul Edwards e Tony Elger; *International and Comparative Industrial Relations: Globalization and Patterns of Labour Resistance*, por Jeremy Waddington; *The State and Globalization: Comparative Studies of Labour and Capital in National Economies*, de Martin Upchurch, Lance Compa salienta que: “Rejecting the view that globalization is responsible for a linear, one-dimensional advance of a neoliberal agenda that is irreversibly undermining national standards and institutions and driving convergence toward a deregulated bottom, these articles instead posit that globalization generates a diverse, contradictory, contested, ebbing and flowing process that remains highly dependent on national structures and open to new directions. Indeed, the state is still a powerful actor regulating labor markets and labor relations through direct legislative means, indirect social protection requirements, and macroeconomic management. Moreover, workers still find ways to resist pressure they see as unfair and job-threatening”. *Industrial and Labor Relations Review*, Janeiro, 2002 (55 Ind. & Lab. Rel. Rev. 360). Contrariamente, o Professor David Held, da LSE, sustenta a diminuição do poder político nacional, em razão da expansão das forças transnacionais, que reduz o controle individual que os governos exercem sobre as atividades de seus cidadãos e outras pessoas. Assim, a autonomia estatal vê-se comprometida, levando os governos a buscarem cooperação internacional para levar adiante sua agenda doméstica (*Globalization-Anti-Globalization*, David Held & Anthony McGrew, Polity, 2003).

25 *Op. cit.*

da Inglaterra. Além disso, há um corpo de normas laborais proclamadas por organismos internacionais vinculados ao comércio, como é o caso da OECDE (*Organisation for Economic Co-operation and Development*);

2) Conjunto das “melhores práticas” (*best practices*), indispensáveis para o sucesso nas economias baseadas em tecnologia onde o capital humano é um ativo estratégico;

3) A expansão dos chamados “códigos de conduta voluntários” emitidos, na sua grande maioria, pelas corporações transnacionais, estabelecendo uma uniformização de condutas perante todas as suas ramificações, por todo o globo. Esses códigos, sustenta-se, são, no fundo, resultado das pressões exercidas por sindicatos, grupos de consumidores, ambientalistas, ativistas de direitos humanos, grupos contra o trabalho escravo e trabalho infantil, entre outros, fixando, na verdade, padrões mínimos de trabalho, muitas vezes já reconhecidos internacionalmente. A questão que se coloca aqui é a voluntariedade na sua implementação e aplicação em oposição à compulsoriedade da legislação local. Porém, não se pode deixar de anotar que várias legislações nacionais já estão preparadas para aplicar estas regras “voluntárias”;

4) A formatação de uma nova legislação laboral não é responsabilidade exclusiva das empresas. Os sindicatos também têm participado ativamente através da criação de “trade secretariats” com o objetivo de resolver questões específicas, pontuais, construindo um verdadeiro canal de solidariedade que atravessa fronteiras nacionais;

5) Finalmente, um novo ator tem sido acrescentado na elaboração deste novo Direito do Trabalho que exsurge com a globalização: são os movimentos sociais, formados por mulheres, consumidores, ambientalistas, ativistas de direitos humanos, todos aqueles envolvidos com a questão e com os efeitos da globalização nas relações laborais²⁶.

Em realidade, não será fácil combinar todo o conteúdo e todos os atores na emergência deste novo Direito do Trabalho. Muitas questões ainda são ambíguas, como, por exemplo, a relação entre lei, moral e costumes; os interesses de grupos distintos, que podem ser conflitantes entre si; a tensão entre formas legais e ilegais, justas ou injustas de pressão econômica. Essas tensões todas não serão facilmente resolvidas e acomodadas, na medida em que exigem, antes de mais nada, uma linguagem jurídica única, além de mecanismos de elaboração e controle judicial. Muitas dessas regras, internacionalmente

26 Elementos acolhidos pelo Professor Harry Arthurs, *op. cit.*

padronizadas, resultam de instrumentos jurídicos considerados universais e, como é sedimentado, existe uma grande dificuldade em se “aplicar e executar” direitos considerados universais.

Logo, um grande desafio será traduzir em linguagem legal os termos vagos e imprecisos que, por exemplo, existem nos códigos de conduta das empresas ou nas declarações ou diretrizes para empresas multinacionais e que desafiam empregados e empregadores.

Não se pode perder de vista, ainda, que remédios jurídicos também precisarão ser criados para acomodar e proteger os trabalhadores de abusos perpetrados pelas empresas mundo afora. Aqui é que se verifica o ponto nevrálgico deste novo Direito: a tensão entre o Direito Internacional e o Direito Nacional quando da inexistência de mecanismos jurídicos de aplicabilidade dos direitos. Existe aqui um vasto campo para a elaboração de legislação nacional e para a construção jurisprudencial pelos tribunais, no sentido de estabelecer uma clara linha divisória entre relações domésticas e relações transnacionais. Afinal, a elaboração de direitos e sua aplicação efetiva podem ser responsáveis pela formação do conflito. E este conflito é ainda mais amplo se decorrente de norma internacional no âmbito das relações nacionais. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um assédio sexual perpetrado contra mulher de nacionalidade brasileira, imigrante, na Alemanha, e que labora para uma corporação japonesa.

Há necessidade de padronização, de direitos e de mecanismos de resolução de eventuais conflitos, especialmente no âmbito internacional, fazendo com que este novo Direito do Trabalho seja ativo, dinâmico e, ao mesmo tempo, responsável pelo desenvolvimento social e econômico das nações.

VI – CLÁUSULA SOCIAL E COMÉRCIO INTERNACIONAL

A partir da premissa segundo a qual *as escolhas políticas definem o modelo econômico a ser seguido nacionalmente*, é possível afirmar-se que, em consequência, devido à forte influência das empresas e do comércio internacional, é evidente que este modelo tem o poder de influenciar a ordem jurídica. No âmbito das relações do trabalho, este atual modelo – que privilegia a liberalização do comércio – é responsável por formatar um novo modelo de relações laborais. Por conseguinte, dele decorre a necessidade de regulamentação particular, dando origem, também, a um novo ordenamento jurídico laboral.

Na medida em que estas relações estão presentes e consolidadas, cada vez mais se comprova que trabalho e comércio são elementos inseparáveis. Muita discussão acadêmica existe acerca deste vínculo e a forma em que ele se

concretiza. A tentativa de elaboração deste vínculo pode ser transportada para desde quando o Japão obteve acesso à ITO (*International Trade Organization*), predecessora do GATT/WTO (*General Agreement on Trade and Tariffs/World Trade Organization*), durante a década de 50, até o final do milênio, quando a China tornou-se membro desta organização internacional. A especulação acerca da existência deste vínculo varia entre dois eixos: política salarial e direitos humanos.

O sistema de regulação do comércio internacional foi desenhado para usar o salário como a exata medida para determinar a violação de padrões de trabalho, os quais, por sua vez, têm evidente impacto nos custos da produção. E, sem dúvida, o valor do salário é elemento chave no custo. Este foi o principal argumento dos ingleses ao opor-se à adesão do Japão ao GATT. Os baixos salários dos trabalhadores japoneses eram vistos como uma vantagem comparativa desleal também pelos americanos, o que poderia prejudicar as relações comerciais. Outras questões também foram levantadas, como a não observância das leis sobre condições e jornada de trabalho, além do desrespeito à liberdade de associação e negociação coletiva. Tanto isso é verdade, que o Secretário-Executivo do GATT respondeu a tais considerações inglesas e americanas, dizendo que o governo japonês havia feito prova de não mais retornar ao sistema de mão de obra barata, tendo modificado sua legislação proibindo práticas injustas no trabalho. Não obstante essas medidas, o medo sempre esteve presente nos países opositores, mas, de qualquer forma, o Japão tornou-se membro em 1955²⁷.

Como se percebe, claramente, a política salarial, quer dizer, o salário, principal elemento das relações industriais e reflexo do modelo econômico, teve participação importante na vinculação do trabalho ao comércio. No entanto, essa orientação foi, mais recentemente, alterada com o ingresso da China, quando outro aspecto da questão foi levantado: a vinculação também dos direitos humanos. Na opinião de Raj Bhala, essa vinculação trabalho e comércio enseja duas questões e assim se manifesta: “the economic cornerstones of the trade-

27 Como pontificado por Elissa Alben, “In sum, during Japan’s accession process, the negotiators focused on production cost to generate stop-gap trade measures, including an enhanced safeguards deal and an Article XXIII plan, to prevent the influx of lower cost goods produced with lower labor standards. Their approach naturally comported with an understanding of labor standards as having an impact on wages. In fact, all proposals offered (other than the opt-out solution of Article XXXV) relied upon provisions that explicitly required a showing of injury, and hence some production cost effect”. *GATT and the Fair Wage: A historical Perspective on the Labor-Trade Link*. *Columbia Law Review*, outubro, 2001 (101 Colum. L.Rev. 1410).

labor link are wages and employment. The political cornerstone is the outrage against ‘exploitation of workers’ rights”²⁸.

Assim é que, quando a China pretendeu sua inclusão no GATT/WTO, ao contrário do Japão, não se questionou a prática de mão de obra barata em razão da inobservância de condições de trabalho, porém, em razão de violações de direitos trabalhistas considerados como direitos humanos, isto é, o uso da mão de obra infantil, por exemplo²⁹. Nessa esteira, o debate sobre como os padrões de trabalho devem ser entendidos no contexto do comércio teve seu rumo alterado. O desenvolvimento na área de direitos humanos internacionais, em especial no pós-guerra³⁰, teve um papel importante na crescente ênfase dada aos direitos trabalhistas como direitos humanos. O acesso de países menos desenvolvidos ao GATT/WTO intensifica este debate, na medida em que o salário, nestes países, é visto como uma vantagem comparativa³¹. E, assim, a linguagem dos direitos humanos serve como importante retórica na tentativa de remover, deste debate, a discussão pautada na política salarial³².

Esta aproximação de trabalho e comércio implica, não só esta análise econômica e política, mas também uma análise no âmbito da concretização. Em outras palavras, se existe liame, resta saber como ele pode ser representado

28 Clarifying the Link. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998 (37 *Colum. J. Transnat'l L.* 11, 19 (1998).

29 “Certainly, another clear contrast is the extent to which human rights, rather than wages, have been invoked in the labor standards debate over China’s accession”. Elissa Alben, *op. cit.*

30 “After the Second World War, and especially in the last one or two decades, as the process of globalization gathered momentum and labor and capital, began to move more freely across nations, the labor standards concern spilled beyond national and regional boundaries and became properly an international matter”. Kaushik Basu, Simpósio “*Compacts, Conventions, and Codes: Initiatives for Higher International Labor Standards*” e publicado no *Cornell International Law Journal*, 2001 (34 *Cornell Int'l L.J.* 487).

31 Na verdade, os países em desenvolvimento acreditam que a inclusão destes direitos básicos na OMC vão diminuir sua vantagem comparativa, quando se trata de salários, o que não é verdadeiro, uma vez que a questão de estabelecimento de salário-mínimo global foi deixada de fora do leque de direitos fundamentais.

32 A propósito, bastante esclarecedora esta anotação do Professor William Gould, ao tratar da história dos padrões internacionais do trabalho, também traçando esta vertente, entre política salarial e direitos humanos; assim se manifesta: “The idea of international labor standards first gained momentum in early Nineteenth Century Great Britain with Robert Owen as their proponent – and it was catalyzed by the expansion of the antislavery movement. Advocacy for this idea found strength in France, Switzerland and Germany, and proponents claimed that basic human rights were involved inasmuch as the benefits had their source in morality. But then as now, an argument for uniformity across nations, which can override the nation state’s sovereignty, was put forward on the grounds that nations providing improved wages and benefits would otherwise lose their competitive position. Thus, advocacy flourished, and continues to flourish, in the richer countries. Yet it is an argument that arises in the context of advanced countries competing amongst themselves when the question of comparative advantage enjoyed by developing countries, existing at a different economic state of development, is unknown”. William B. Gould IV. *Labor Law for a Global Economy: The Uneasy Case for International Labor Standards*. *Nebraska Law Review*, 2001 (80 *Neb. L. Rev.* 715).

no mundo jurídico. Muitas medidas foram apresentadas – como o selo social, as declarações de direitos e princípios, os sistemas de preferência nos Estados Unidos e Europa –, mas nenhuma outra teve, e ainda tem, tanta repercussão como a denominada “cláusula social”, no sentido de ser uma ação supranacional com o intuito de impor sanções comerciais àqueles países que descumprem os padrões mínimos de trabalho internacionalmente fixados. E, nesse sentido, a primeira questão que exsurge diz respeito ao conteúdo desse padrão.

Pode-se dizer que existem duas formas de fixação coletiva desses padrões mínimos e internacionais do trabalho: os padrões fixados pelas empresas transnacionais, através de seus códigos de conduta ou através das normas que incorporam quando da adesão ao *Global Compact*, Programa das Nações Unidas, com o objetivo de fixar padrões e impor uma responsabilidade social para as empresas; e os padrões impostos aos governos através das convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho. Esses instrumentos são referências essenciais dentro desse contexto³³.

A globalização dessas referências levou a uma codificação desses padrões. Basicamente, foram classificados em quatro espécies de direito: 1) direitos básicos, que incluem o direito contra a prestação de serviços involuntária e medidas contra o trabalho infantil e a discriminação; 2) direitos civis, aqui incluído o direito do trabalhador de livremente associar-se e negociar coletivamente; 3) direitos de “sobrevivência”, abrangendo o direito a um salário-mínimo, indenização por acidente e direito a não ser exposto ao perigo; 4) direitos de segurança, impondo restrições às demissões e outorgando direitos a pensões por aposentadoria.

Essa padronização está presente em vários documentos internacionais³⁴ e, de uma forma geral, todos se concentram em cinco condutas: 1) proibição do trabalho forçado; 2) proibição de discriminação no emprego; 3) direito de associação; 4) direito à negociação coletiva; e 5) proibição do trabalho infantil³⁵. Logo, o conteúdo dessa suposta cláusula social estaria facilmente delimitado.

33 “The important difference between these two voluntary schemes is that they place the primary responsibility of ILS on different agencies. The Global Compact places the responsibility on multinationals and big corporations while the ILO conventions place the responsibility on the nations, and primarily the Third World nations since these are the potential violators of the standards”. *Idem*.

34 A OECD elaborou um estudo em 1996 (atualizado em 2000) sobre o elenco desses padrões e o porquê desta distinção. Como salienta o Professor William Gould IV, *op. cit.*, “The OECD emphasizes its concern about uniformity by its distinction between core labor standards and other labor standards”. The finds this distinction to be “crucial” inasmuch as working time and minimum wages can affect “patterns of comparative advantage, e.g., higher minimum wages are likely to affect trade performance negatively. But core labor standards, unlike minimum wages, will not necessarily affect comparative advantage negatively, and indeed may have a positive effect”.

35 Estes direitos constam da Declaração de Princípios e Normas Fundamentais no Trabalho, divulgada em junho de 1998, pela Organização Internacional do Trabalho, na sua 87ª Conferência.

Mas qual seria, de fato, o seu efeito? A imposição dessa cláusula social estaria vinculada a acordos de comércio internacional e sob os auspícios da WTO, que imporiam sanções comerciais aos países que a violassem. Muita crítica se fez contra esta proposta e é por esta razão que o tema saiu da esfera de debates dentro da WTO e passou para a OIT, culminando com a Declaração de 1998. Há uma grande preocupação, nos países menos desenvolvidos, que uma medida como esta poderia implicar em protecionismo em relação aos países desenvolvidos³⁶.

Porém, embora essa cláusula não figure em contratos comerciais supranacionais, dentro da OMC, ela está presente em muitos outros acordos bilaterais celebrados entre os países, especialmente quando os Estados Unidos é parte³⁷,

36 Como anota Kaushik Basu, “Perhaps the most potent form of supra-national action contemplated is to have a social clause in the WTO provisions, which would allow the WTO to impose trade sanctions on an erring country”. E alerta que “The risk of empowering the WTO thus is that this will become a powerful instrument of protectionism in the North”. Finalmente, exemplifica com um caso brasileiro: “An interesting case in point is the use of the Sander’s Amendment against the Brazilian company Sucocitricro Cutrale. The charge was that the company was using children to pluck oranges. However, as the Wall Street Journal pointed out this was probably an act of reprisal headed by the Teamsters Union against Cutrale for downsizing some Minute Maid plants it had bought from Coca-Cola Co in Florida”. *Op. cit.*

37 Por exemplo, o acordo celebrado com a Jordânia, para estabelecimento de área livre de comércio, assinado em 24 de outubro de 2000 e em vigor desde 17 de dezembro de 2001, cujo art. 6º explicitamente dispõe que: *ARTICLE 6: LABOR 1. The Parties reaffirm their obligations as members of the International Labor Organization (“ILO”) and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up. The Parties shall strive to ensure that such labor principles and the internationally recognized labor rights set forth in paragraph 6 are recognized and protected by domestic law. 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage trade by relaxing domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws as an encouragement for trade with the other Party. 3. Recognizing the right of each Party to establish its own domestic labor standards, and to adopt or modify accordingly its labor laws and regulations, each Party shall strive to ensure that its laws provide for labor standards consistent with the internationally recognized labor rights set forth in paragraph 6 and shall strive to improve those standards in that light. 4. (a) A Party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement. (b) The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to investigatory, prosecutorial, regulatory, and compliance matters and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other labor matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with subparagraph (a) where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources. 5. The Parties recognize that cooperation between them provides enhanced opportunities to improve labor standards. The Joint Committee established under Article 15 shall, during its regular sessions, consider any such opportunity identified by a Party. 6. For purposes of this Article, “labor laws” means statutes and regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following internationally recognized labor rights: (a) the right of association; (b) the right to organize and bargain collectively; (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor; (d) a minimum age for the employment of children; and (e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.*

amparado pelo GSP – *General System of Preferences*³⁸, ou, ainda, nos acordos celebrados com países menos desenvolvidos, no âmbito da União Europeia, como autorizado pelo Parlamento Europeu, em 1994, e mencionado no documento *Resolution on EU standards for European Enterprises operating in developing countries towards a European Code of Conduct*³⁹.

VII – O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Admitida a premissa de necessidade e adoção de uma cláusula social no âmbito de acordos internacionais do comércio de forma generalizada e não unilateral, como se observa nos acordos dos Estados Unidos com outros países e membros da União Europeia também com outros países, deve-se investigar qual a organização adequada e como isso se daria. Duas são as organizações capacitadas para lidar com o tema: a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial do Comércio⁴⁰.

Um crescente consenso internacional sustenta que os chamados “direitos trabalhistas fundamentais” são também direitos humanos fundamentais⁴¹. Em 1998, a Organização Internacional do Trabalho aprovou a *Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e Seu Seguimento*⁴², a qual

- 38 Existem várias outras provisões no Direito Econômico americano tratando de direitos dos trabalhadores: 1) GSP – A 1984 amendment to the GSP made receipt of preferential trade status contingent upon whether or not the developing country has taken or is “taking steps to afford internationally recognized worker rights to workers in the country”; 2) Caribbean Basin Initiative – The original legislation of 1983 contained a minor reference to labour rights. A 1990 amendment raised worker protections to the same level as the GSP, placing them under the mandatory conditions with which recipient countries must comply; 3) Overseas Private Investment Corporation – a 1985 Amendment to OPIC prohibited the financing or insuring of any country that is not “taking steps to adopt and to implement laws that extend internationally recognized worker rights”; 4) Section 301 of the Trade Act of 1974 – Amended by the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 in which the definition of an “unreasonable” act, policy or practice was expanded to include “a persistent pattern of conduct” that violated basic worker rights.
- 39 “(...) having regard to its resolution of 9 February 1994 on the introduction of a social clause in the unilateral and multilateral trading system” (OJ C 61, 28.2.1994, p. 89).
- 40 Há duas formas de apoio a direitos trabalhistas através do fortalecimento de agências intergovernamentais, como sustentam Justice Nolan e Michael Posner: “1) the International Labor Organization and by ratifying its conventions; 2) utilizing multilateral mechanisms, such as the World Trade Organization (WTO) to link trade with labor rights”. *Columbia Business Law Review*, 2000 (2000 Colum. Bus. L. Rev. 529).
- 41 Apesar de algumas diferenças, os princípios contidos nos instrumentos da OIT são considerados “quase completamente consistentes” com vários textos das Nações Unidas, como o art. 23(4) da Declaração Universal de Direitos Humanos e o art. 22 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e art. 8 da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- 42 O programa In-Focus “Promoção da Declaração” inclui atividades de seguimento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros da OIT, incluindo relatórios anuais dos Estados-membros que ainda não ratificaram alguma das oito Convenções, e relatórios globais sobre o progresso alcançado em nível mundial em cada uma das quatro áreas de princípios e direitos fundamentais.

proclama quatro princípios básicos, extraídos de suas convenções e aplicáveis a todas as nações, independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, quais sejam:

– *liberdade de associação e de organização sindical e ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;*

– *eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;*

– *abolição efetiva do trabalho infantil;*

– *eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.*

Essa Declaração aplica-se a todos os membros da OIT, independentemente da ratificação das oito convenções fundamentais que correspondem a estes princípios, que são: Convenção 29⁴³ (Trabalho Forçado); Convenção 87⁴⁴ (Liberdade Sindical); Convenção 98⁴⁵ (Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva); Convenção 100⁴⁶ (Igualdade de Remuneração); Convenção 105⁴⁷ (Abolição do Trabalho Forçado); Convenção 111⁴⁸ (Discriminação no Emprego); Convenção 138⁴⁹ (Idade Mínima para o Trabalho); Convenção 182⁵⁰ (Piores Formas de Trabalho Infantil).

43 Trabalho forçado (1930): dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc.

44 Liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização (1948): estabelece o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações que considerem convenientes e de a elas se afiliarem, sem prévia autorização, e dispõe sobre uma série de garantias para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas.

45 Direito de sindicalização e de negociação coletiva (1949): estipula proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical, proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra atos de ingerência de umas nas outras, e medidas de promoção da negociação coletiva.

46 Igualdade de remuneração (1951): preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.

47 Abolição do trabalho forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão de obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.

48 Discriminação (emprego e ocupação) (1958): preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.

49 Idade Mínima (1973): objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular que a idade mínima de admissão ao emprego não deverá ser inferior à idade de conclusão do ensino obrigatório.

50 Piores Formas de Trabalho Infantil (1999): defende a adoção de medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil.

Reconhecendo a importância desses direitos e princípios fundamentais, a OIT adotou declaração que impõe uma obrigação para os Estados-membros em respeitá-la de boa-fé e de acordo com sua Constituição. O desenvolvimento desse rol de direitos implica que esforços especiais sejam efetivados para garantir que esses e outros direitos reconhecidos nas convenções sejam aplicados pelos Países-membros. Tradicionalmente, a OIT tem tido papel fundamental na elaboração destas convenções, porém, sua atuação tem sido menos efetiva na sua execução. Na prática, a adoção da Declaração não assegura, automaticamente, que todos os Estados-membros vão respeitar suas disposições. A OIT, na verdade, carece de mecanismo efetivo para exigir o cumprimento, pelos seus membros, das suas convenções ou da Declaração.

Nesse sentido, embora o conceito de direitos ou padrões fundamentais no trabalho tenha obtido um consenso, ainda existe um considerável debate em relação à aplicação e execução destes direitos e quais os mecanismos mais apropriados para tanto. A OIT, como visto, através da Declaração de 1998 estabeleceu um mecanismo de *promoção ou seguimento* e, basicamente, sua atividade está ligada à orientação, assistência técnica e programas para implementação da Declaração. O cumprimento é, no fundo, voluntário, inexistindo sanções em caso de violações.

A Organização Mundial do Comércio⁵¹ tem sido apontada como a organização mais apropriada para exigir o cumprimento desses direitos; porém, não tem dado resposta efetiva a essa demanda. As reuniões ministeriais foram palco de intervenção dos Estados Unidos⁵², pressionando para um vínculo mais estreito entre os benefícios do comércio e padrões de trabalho. Todavia, a maioria dos membros da OMC tem demonstrado resistência em endereçar tal questão. Todavia, a OMC poderia usar a Declaração da OIT como uma diretriz

51 “A WTO agreement on core labor standards would require each country to agree to recognize and enforce five general rights that are considered by many to be fundamental human rights. These include banning exploitative use of child workers, eliminating forced labor (slavery, bonded labor, and prison labor), preventing discrimination in the workplace, allowing free association of workers, and permitting workers to undertake collective bargaining (Maskus, 1997). The role of the WTO would be to permit trade sanctions against countries that fail in these endeavors under certain circumstances. One variant under discussion would be to allow countries to ban imports of offending goods (or their equivalent value) under a consensus view of abhorrent practices (Rodrik, 1997)”. Keit E. Maskus. Regulatory Standards in the WTO: Comparing Intellectual Property Rights with Competition Policy, Environmental Protection, and Core Labor Standards. Working Paper 00-1. Institute for International Economics.

52 Na primeira reunião, em 1996, na Singapura, os Estados Unidos, com apoio da Noruega, propôs a formação de um grupo de trabalho para estudar a possibilidade de se permitir o uso de sanções comerciais para os países que não observam direitos trabalhistas fundamentais. A proposta foi rejeitada e estabeleceu-se, apenas, um compromisso internacional em observarem-se estes direitos e que a OIT seria o órgão apropriado para cuidar da questão.

para unir trabalho ao comércio e, assim, contribuir para a efetivação de um limitado número de direitos trabalhistas fundamentais. Ao contrário do que se sustenta, a obrigação dos Estados-membros em efetivar tais direitos não implica o protecionismo, mas, sim, pode colaborar para sua redução.

Na realidade, os países interessados – como os Estados Unidos – deveriam continuar pressionando para que a OMC e a OIT trabalhassem, pelo menos, em conjunto, na medida em que a liberalização do comércio e a implementação de padrões mínimos de trabalho não são condutas excludentes. Isto, contudo, implicaria também a modificação de algumas regras da OMC, de tal sorte a torná-la mais democrática e incluindo questões sociais no seu contexto. O que se observa das agendas de muitas organizações internacionais, por exemplo, é que, atualmente, seus propósitos são convergentes. As organizações estritamente sociais estão incorporando em suas agendas o desenvolvimento e crescimento econômico e admitindo que a liberação do comércio é um instrumento, para tanto, que pode, também, trazer o desenvolvimento social. Há, pois, fundamento suficiente para que OIT e OMC trabalhem numa agenda mais harmonizada e convergente e, basicamente, oferecendo incentivos para o cumprimento destes direitos⁵³.

Outra questão importante diz respeito ao mecanismo de aplicação de sanção dentro da OMC⁵⁴. Nesse sentido, a aplicação dos artigos VI e XX do GATT é de fundamental importância.

O artigo VI faz referência ao *dumping*. O *dumping social* pode aqui ser utilizado para sustentar uma interpretação das regras da OMC que venham a abranger padrões de trabalho. Segundo esse dispositivo, um produtor doméstico pode recorrer a OMC se demonstrar que um bem está sendo exportado e vendido no mercado a preço inferior que o seu valor e que, com isso, seu mercado interno está sofrendo prejuízos. Essa previsão poderia ser estendida à inobservância dos padrões mínimos de trabalho, o que daria às empresas uma injusta vantagem

53 Embora seja possível vislumbrar que, em alguns momentos as agendas se convergem, como ocorre com atividades desenvolvidas pelo Banco Mundial e a OIT, certo é que, como sustenta Adelle Blackett, a OIT tem sido deixada de lado das discussões acerca da política econômica. E assim aponta que, apesar de um amplo mandato, “(...) the ILO has been marginalized from the sites of international economic policymaking, notably that of the Bretton Woods institutions (...) and the GATT/WTO framework. Its participation in the work of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) is largely related to the non-binding OECD Guidelines for Multinational Enterprise, adopted in 1976 and updated periodically. (...) Even within the UN system, the ILO was unsuccessful at obtaining the mandate to coordinate implementation of the Economic and Social Covenant”. Columbia Human Rights Law Review, 1999 (31 Colum. Human Rights L. Rev. 1).

54 Um solução dentro da OMC seria dentro dos Órgãos de Solução de Conflitos, criando uma emenda interpretativa que estenda a cobertura das atuais cláusulas para as condições de trabalho.

no custo do produto em relação a outras empresas de países que observam esses padrões. Assim, poder-se-ia argumentar com a existência de *dumping* e o recurso à OMC estaria plenamente amparado pelo artigo VI, em especial, porque essa prática injusta reduziria consideravelmente o valor dos salários.

Nesse sentido, leis que sustentam essa prática injusta poderiam ser vistas como subsídios ilegais, porque ofereceriam uma vantagem injusta às empresas nos países com padrões de trabalho inferior. Porém, uma limitação na efetividade desse enfoque pode ser sustentada através do Acordo de Implementação desse dispositivo, promulgado em 1994, e que confere particular atenção a ser dada pelos países desenvolvidos às condições especiais dos países menos desenvolvidos, quando da aplicação de medidas *antidumping*. Assim é que essa linguagem cria um obstáculo para utilização do artigo VI, na medida em que os padrões de trabalho estão correlacionados ao nível de desenvolvimento de um país e, portanto, não poderiam ser incluídos em cálculos *antidumping*⁵⁵.

O artigo XX⁵⁶, por sua vez, permite regras que, entre outras coisas, estabeleçam restrições na importação de bens que sejam produzidos com trabalho forçado para proteger moral pública ou que digam respeito a questões de saúde. Assim, por exemplo, a exceção de moral pública poderia ser invocada para justificar sanções comerciais contra produtos que tenham sido produzidos com mão de obra infantil. Como esse dispositivo não exige a comprovação de dano para a imposição de sanções, ele é um meio viável para exigir o cumprimento de padrões trabalhistas, mais como direitos humanos do que com o foco em base salarial.

Dessa forma, faz-se referência ao artigo XX do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), sustentando-se a possibilidade de interpretação de acordo com a dimensão social que se pretende com a cláusula social. Nessa esteira, essa inclusão poderia ser uma emenda ao artigo XX, prevendo que

55 DiMatteo, Larry A.; Kiren Dosanjh; Paul L. Frantz; Peter Bowal; Clyde Stoltenberg. "The Doha Declaration and Beyond: Giving a Voice to Non-Trade Concerns Within the WTO Trade Regime". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, January, 2003 (36 Vand. J. Transnat'l L. 95).

56 O artigo XX dispõe que: "Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (a) necessary to protect public morals; (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; (...) (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices; (e) relating to the products of prison labour; (...) (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption; (h) undertaken in pursuance of obligations under any inter-governmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the Contracting Parties and not disapproved them or which is itself so submitted and not disapproved (...)".

os produtos feitos em condições que violem direitos trabalhistas básicos não estariam protegidos pelas cotas, embargos e encargos⁵⁷.

Uma outra proposta seria a criação de departamento exclusivo dentro da OMC para lidar com questões do trabalho, defendida por Andrew T. Guzman, da Universidade de Berkeley, Califórnia. Na sua opinião, esse departamento teria considerável autonomia do resto da organização; estaria equipado com especialistas em questões de trabalho e teria autoridade para manter negociações periódicas, limitadas a este tema. Tais negociações resultariam em obrigações vinculativas e possibilitariam aos Países-membros estabelecer um acordo negociado sobre a relação trabalho e comércio, resultado de um consenso, o que engendraria maior legitimidade do que decisões proferidas em caso de disputas⁵⁸.

Por fim, pode-se ainda pensar numa participação conjunta da OMC e da OIT que poderia consistir na elaboração de recomendação, em caso de violação de direitos trabalhistas fundamentais, antes que a sanção comercial fosse aplicada. Essa solução foi apresentada por Stephen K. Pursey, baseando-se na proposição da ICFTU. Assim, a OIT seria o organismo competente para examinar a implementação dos direitos contidos na Declaração de 1998. Juntamente com a OMC, os procedimentos de implementação seriam revisados sistematicamente e com base em reclamações específicas, para verificar se as partes contratantes estão cumprindo com suas obrigações sob a cláusula social. Assim, se um Estado-membro não estiver cumprindo o compromisso assumido, um Advisory Body da OMC-OIT elaboraria medidas de recomendação que seriam tomadas pelos governos dentro de um certo prazo para melhorar sua conduta. Um elemento desse esforço poderia ser, provavelmente, um sistema legislativo melhor aparelhado para executar leis e normas através de um efeito sistema de inspeção. A OIT poderia oferecer assistência técnica para que o país atingisse a condição necessária a efetivar o conteúdo da cláusula. Somente se o país falhar em atender a tais recomendações, a OMC consideraria a aplicação de sanções comerciais apropriadas⁵⁹.

Independentemente da forma em que este vínculo seja concretizado e independentemente do modelo sancionatório ou não que se pretenda dar à

57 "Similar action could be taken to enforce wage-based labor standards defense for such action would rest on treaty interpretation principles that allow for the negotiating history of the GATT and WTO. The debate over a minimum wage or living wage would be more heated, as developing countries would characterize such attempts as mere forms of protectionism. The developed countries will need to provide the impetus for the debate to move beyond point of criticism. In this way, the original intent of free trade agreements, which was to raise global living conditions, may be fulfilled". *Idem* nota 49.

58 "Trade, Labor and Legitimacy". UC Berkeley School of Law. Public Law and Legal Theory. Research Paper 116, abril de 2003.

59 The social foundations of international trade, p. 375. Campbell.

efetivação desses direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos como básicos, certo é que, diante dos efeitos da globalização, não se pode mais atribuir esse ônus a uma única organização. A discussão deve ser multilateral e multidisciplinar, chamando todas as organizações internacionais para o debate, tal como proposto por Juan Somavia, Diretor-Geral da OIT, recentemente, enfatizando, inclusive, a necessidade de se vincular crescimento econômico, desenvolvimento social, comércio e trabalho:

“I believe it is time to establish a regular Globalization Policy Forum organized jointly by, among others, the ILO, the IMF, World Bank, WTO and UNDP.

This Forum would address the numerous interdependencies between trade, finance, labour and development questions. Its charge would be to agree on a coherent set of policy proposals to stimulate sustainable growth, decent work, and an enabling environment for investment, community development and empowerment.

The consensus proposals could then be submitted to their respective boards and Governing Bodies for action. Through the ILO, workers and businesses would be part of the process. A convergence on the best policies to promote employment and enterprise creation in all countries would be a good beginning for that Forum-including conditions of work and promotion of labour standards.”⁶⁰

Mas não é só. A própria sociedade se apresenta contrária à política de países que violam direitos trabalhistas básicos reconhecidos na Declaração da OIT de 1998. A prática do trabalho forçado em Myanmar (Burma) é um exemplo, tendo a OIT que atuar, sem precedentes na sua história, através da imposição de sanção como decidido pelo seu Conselho em 2000. Apesar da sanção, o problema ainda permanece e a sociedade se mobiliza para banir a importação de produtos neste local elaborados com uso de trabalho forçado⁶¹.

60 Discurso proferido no Centro de Estudos Internacionais e Estratégicos, Washington, DC, 5 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/speeches/somavia/2003/csis.pdf>>.

61 U.S. Industry Group Seeks “Immediate and Total Ban” on Myanmar Imports. The American Apparel & Footwear Association has called for an “immediate and total ban” on U.S. imports of textiles, apparel, and footwear from Myanmar [Burma]. In a policy statement issued April 15, AAFA cited a number of human rights abuses, including forced labor and child labor, and said the government has “repeatedly failed to comply with internationally recognized conventions on labor”. The AAFA announcement noted that due to Myanmar’s “‘widespread and systematic’ use of forced labor”, the ILO took unprecedented action in 2000, calling on governments and workers ‘and employers’ groups in all ILO member states, and on other international organizations, to review their relations with Myanmar and take appropriate steps to ensure these relations were not contributing to forced labor. Disponível em: <<http://www.us.ilo.org/news/index.html>>.

VIII – GOVERNANÇA GLOBAL E DIREITO DO TRABALHO

A globalização, também entendida como liberalização econômica, trouxe uma série de reflexos na ordem jurídica⁶². A expansão da tecnologia e do mercado incentivou a abertura de leis da concorrência, propriedade intelectual e transações financeiras. Na área social, estimulou o debate sobre Direitos Humanos, Direitos do Trabalhador e Direito Ambiental. Essa normatização tem sido concebida, atualmente, sob o ponto de vista da transnacionalidade, através da construção de instrumentos internacionais que, gradualmente, possam ser implementados, com certa flexibilidade de adaptação, à ordem jurídica de cada país.

No campo do Direito do Trabalho, tal normatização é vista como padronização de condutas e determinantes, elaborada, precipuamente, pela Organização Internacional do Trabalho. Dentro desse contexto da transnacionalidade e da padronização das normas do trabalho, todavia, o problema que se coloca é a redefinição do papel do Estado e a importância de novas experiências centralizadas e descentralizadas. O debate em torno da problemática funda-se, pois, no grau de participação do Estado nas relações de trabalho, em convergência com a participação de entidades privadas e outros atores sociais, que não sejam apenas trabalhadores e empregadores⁶³.

A redefinição desse papel do Estado implica, ainda, a busca de um novo método de elaboração legislativa.

Mais uma vez, torna-se ao objetivo desta discussão, para dizer que dele deriva o problema: *como introduzir padrões internacionais do trabalho, no direito doméstico, tendo que, primeiramente, repensar o papel do Estado e*

62 Estas mudanças na legislação podem ser vistas, com muita clareza, a partir do movimento antiglobalização, contrário à liberalização do comércio e investimentos, sem a necessária observância a direitos fundamentais. O resultado pode ser visto como “clash of globalizations”. Como sustenta Dinah Shelton: “The clash plays out in the international institutional and normative system that has separated human rights matters from economic policy and regulation, creating distinct, laws, and values for each field. Integrating them is no easy task; indeed, some commentators view a conflict as inevitable”. Protecting Human Rights in a Globalized World. Boston College International and Comparative Law Review (25 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 273).

63 Pode-se dizer que a liberalização econômica guarda estreita relação com a restrição do poder do Estado. Em sessão especial da Assembleia Geral das Nações Unidas, que buscou rever o progresso da Cúpula de Copenhague, em 1995, faz-se referência especial ao papel e a responsabilidade do setor privado em trabalhar com os governos para erradicação da pobreza, promoção do pleno emprego e acesso universal aos serviços sociais, assegurando a todos a igualdade de participação na sociedade. Por outro lado, democracia e estado de direito inspiram a atividade empresarial global, gerando uma crescente tendência à proteção de direitos. O texto dessa assembleia, produzido em julho de 2001, estimula a responsabilidade social das empresas e promove o diálogo entre governo, trabalhadores e empregadores. Da mesma forma, sustenta a existência de estreita relação entre crescimento econômico e desenvolvimento social. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/geneva2000/index.html>>.

sua inserção na economia global. Esse objetivo passa pela reflexão do sistema jurídico nacional como um todo, buscando: entender o Direito não mais como ciência, mas como instrumento, que atua dentro de um contexto com finalidades sociais, econômicas, mas também ético; entender o papel do Estado na formulação de políticas de mercado de trabalho, nas quais o Direito seja visto como instituição de promoção do desenvolvimento econômico e social; entender que um sistema fundamental de padrões internacionais do trabalho é necessário para que haja desenvolvimento social e crescimento econômico.

A literatura jurídica mais recente tem demonstrado o vínculo existente entre teorias legais e democracia com os desafios práticos da economia política. Michael Dorf e Charles Sabel têm oferecido uma extensa contribuição de como experiências democráticas inovadoras podem ser a chave para o desenvolvimento econômico a partir do local de trabalho. A realidade da nova economia trouxe significativas mudanças nas estruturas da proteção social e das instituições do trabalho em todo o mundo.

Na Europa, altos índices de desemprego e a concorrência internacional levaram o continente a desenvolver um novo modelo de governança: o *Open Method of Coordination*. Esse mecanismo serve de exemplo na coordenação de políticas sociais e de trabalho no âmbito nacional a partir das diretivas estabelecidas pela União Europeia. Defensores desse instrumento de coordenação entre padrões internacionais e normatização nacional, como David Trubek e Jonathan Zeitlin, apregoam que o processo de elaboração de objetivos, sem o requisito formal de elaboração legislativa pelo Estado, é satisfatório para a integração dessas realidades. Esse mecanismo consubstancia o que a literatura, atualmente, designa como *soft law*, em contrapartida à tradicional *hard law*.

Verifica-se, pois, que há necessidade de preenchimento desse vazio acadêmico, acerca da inserção de padrões internacionais do trabalho, que emerge de recente produção acadêmica europeia como uma proeminente e futura escola do pensamento jurídico que busca preencher as lacunas existentes entre liberais, progressistas, críticos e legalistas-economicistas (LAW & ECONOMICS), na busca pela construção de um novo regime jurídico para a ordem global.

Dentro desse contexto no qual política, economia e direito se unificam, há necessidade de se discutir a reforma trabalhista no Brasil, levando-se em consideração: a necessidade de incorporação de norma internacional do trabalho (Convenção 87 da OIT), que conflita com o direito nacional interno; a utilização da democracia como metainstrumento para alcançar o desenvolvimento social e econômico; a análise do papel das transnacionais e em que medida elas já estão, no Brasil, incorporando padrões internacionais do trabalho e como isso

pode ser utilizado em benefício dos trabalhadores num moderno projeto de reforma; outros métodos de discussão e elaboração de legislação que não seja o tradicional – estatal – e qual a melhor forma de veicular esse novo modelo (análise do Fórum Nacional do Trabalho, sua composição, equilíbrio de poder, participação da sociedade civil); e, finalmente, a necessidade de se produzir instituições eficientes o bastante para veicular crescimento econômico para o país.

IX – CONCLUSÃO

Este estudo buscou delinear o debate em torno dos padrões internacionais do trabalho no contexto da globalização e seus reflexos para a reforma trabalhista no Brasil, do ponto de vista teórico, no âmbito do direito internacional e da produção de normas jurídicas.

Durante o curso deste debate uma estreita convergência pôde ser configurada⁶⁴, não só através da natureza dos padrões de trabalho, mas, também, do reconhecimento que eles representam princípios fundamentais, particularmente inerentes ao direito internacional. As premissas econômicas auxiliam a esclarecer o significado de “protecionismo” e a articulação do possível impacto da regulação nacional nas políticas comerciais. Inevitavelmente, a discussão acerca da cláusula social leva a se pensar, mais profundamente, nas relações entre direitos trabalhistas e comércio, numa estrutura ainda maior, concebida pela política, pelo modelo econômico e pelo processo de elaboração normativa.

64 A inclusão destes direitos fundamentais, entre eles os direitos trabalhistas, parece fazer parte, inclusive, da agenda das instituições financeiras internacionais, especialmente quando estudados os efeitos da globalização. Nesse sentido, o Fundo Monetário Internacional tem dedicado considerável atenção ao assunto, muito embora, inicialmente, tenha resistido a incluir direitos humanos nas suas operações. Da mesma forma, o Banco Mundial, recentemente, tem considerado a dimensão humana de seu trabalho e tem declarado que a eliminação da pobreza é seu principal objetivo. Apesar desses esforços, contudo, a OIT acredita que tais organizações ainda não endereçaram o problema adequadamente. Nesse sentido, Dinah Shelton anota que “While both the World Bank and the IMF have modified their policy stances to reduce the emphasis on structural adjustment policies to give greater emphasis to poverty, the ILO still faults them for failing to give enough importance to employment. In its view, a number of country experiences clearly show that integration in global markets is compatible with successful social policy, provided there are adequate national social security systems, functioning systems of social and relatively low income inequality”. *Op. cit.* Especificamente em relação ao Banco Mundial, Alan Ruby, ex-Secretário do Departamento de Educação e Treinamento no Trabalho da Austrália, na 93ª Reunião da American Society of International Law, declarou que nos últimos anos tem havido uma mudança na prioridade de investimentos do Banco, atuando mais como uma agência de desenvolvimento do que como uma instituição financeira. E explica: “Because of the development realities of the world in which we live and which the Bank is trying to address, more and more, the Bank is trying to become a promoter of sustained development across the entire economy and the community as a whole, as opposed to being concerned solely with financial institutions. Part of this process involves trying to foster a set of social principles and a comprehensive development framework that takes in the gamut of social issues”. ASIL Proceedings, 1999, p. 145.

Mais ainda, vai refletir no desenho de um mecanismo de controle e de solução de possíveis conflitos. Nesse sentido, a análise das instituições intergovernamentais mais importantes para esta discussão, isto é, a OIT e a OMC, acarreta a conclusão de que é necessário um retorno aos métodos de interpretação de tratados. E isso implica repensar o papel da OMC no sistema de direito internacional e como esta instituição pode auxiliar na aproximação entre direitos trabalhistas e desenvolvimento econômico a partir do debate da cláusula social. Isso porque combina a inclusão de direitos “fundamentais, no âmbito internacional, mas também implica na adoção de políticas domésticas para sua implementação”⁶⁵.

Mas não é só. Pode-se deixar, para um debate futuro, a necessidade de criação de novos centros de poder – até mesmo concorrendo com o poder do Estado – decorrente da globalização. A transparência da constatação de violação de direitos humanos, bem como a prevenção de futuras violações, deve levar em consideração, hoje e no futuro, outros atores não estatais, como: a mídia, as corporações e as organizações internacionais, OMC e Banco Mundial, por exemplo. O Estado e seus agentes não são mais os únicos atores responsáveis por assegurar os direitos sociais e garantir liberdades. Como visto, o recente desenvolvimento internacional tem demonstrado que há muitas avenidas para se chegar à resposta das questões colocadas acima e que se concentram no problema ora enfocado.

A primeira consiste em fortalecer o Estado e insistir em sua responsabilidade para assegurar que atores não estatais não cometam violações de direitos humanos, aí incluídos os direitos sociais e, por sua vez, o direito trabalhista. Não há dúvidas quanto à necessidade em fortalecer estados fracos que têm carência de instituições necessárias para proteger e assegurar tais direitos. Instituições – como um Judiciário independente – devem ser formadas e o poder executivo, incluindo o aparato policial e militar, devem ser trazidas para sob o manto do Estado de Direito.

Ao mesmo tempo, deve ser reconhecido que há dois problemas se considerarmos somente o fortalecimento do estado como única força individual ativa. Primeiro, isso faz nascer um espectro de agentes estatais poderosos, novamente, e dispostos a, inclusive, usarem a força e abusarem do poder do próprio Estado para prolongar sua estada no governo. A sabedoria visionária

65 A personalidade jurídica internacional das organizações intergovernamentais é vista como detentora da obrigação de gerar normas de direito internacional, assim como a responsabilidade pela violação de direitos trabalhistas fundamentais por atores privados, isto é, não estatais, está aumentando. Essas constatações levam à indagação acerca da necessidade do fortalecimento do Estado para implementar e exigir o cumprimento dessas normas internacionais no âmbito doméstico.

DOUTRINA

de muitos mestres da filosofia política, que chamaram a atenção para o exame das restrições do poder político, não pode ser esquecida porque “the good old rule, sufficeth them, the simple plan, that they should take, who have the power and they should keep who can”.

O segundo problema que exsurge é que até mesmo estados fortes são incapazes de lidar, unilateralmente, com os desafios decorrentes da globalização, especialmente quando se trata de crimes internacionais, incluindo aí o terrorismo. A quantidade de força necessária para que um Estado possa combater estes problemas, certamente requer uma inaceitável distância de direitos humanos básicos.

A alternativa é fortalecer estados fracos a fim de capacitá-los a proteger direitos humanos, ao mesmo tempo que imponham novas obrigações internacionais para atores não estatais através de mecanismos multilaterais. Assim, ainda que o Estado possa deter a responsabilidade primária em assegurar a promoção e proteção de direitos humanos, atores não estatais devem ser considerados, também, responsáveis quando criticam os esforços do Estado e, dessa forma agindo, podem também ser cúmplices em violações perpetradas pelo próprio Estado. Atores não estatais possuem um papel chave no desenvolvimento de normas relativas aos direitos humanos e, de acordo com o texto ora proposto, também quanto às normas trabalhistas, no âmbito nacional e internacional. Nesse sentido, no estágio atual da globalização, esses atores podem e devem exercer um papel mais amplo, sendo corresponsáveis não só pela produção de normas, mas também por sua aplicabilidade e execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDT, Toke; TZANNATOS, Zafiris. *Unions and Collective Bargaining: Economic Effects in a Global Environment*. The WorldBank Group, 2002.

BASU, Kaushik; HORN, Henrik; ROMÁN, Lisa; SHAPIRO, Judith. *International Labour Standards: History, Theory and Policy Options*. Blackwell Publishing UK, 2003.

BLUESTONE, Barry; HARRISON, Bennett. *Growing Prosperity: The Battle for Growth with Equity in the 21st Century*. University of California Press, 2001.

BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. *Beyond Washington Consensus: Institutions Matter*. The WorldBank Group, 1998.

CYPHER, James M.; DIETZ, James L. *The Process of Economic Development*. Routledge, 1997.

DOW, Sheila C. *Macroeconomic Thought: A Methodological Approach*. Basil Blackwell, 1985.

DUNLOP, John T. *The Management of Labor Unions: Decision Making with Historical Constraints*. Lexington Books, 1990.

DOCTRINA

EHRENBERG, Ronald G.; SMITH, Robert S. *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*. Addison Wesley, 2003.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. The University of Chicago, 1982.

GUASCH, J. Luis. *Labor Market Reform and Job Creation: The Unfinished Agenda in Latin America and Caribbean Countries*. The WorldBank Group, 1999.

JENSON, Jane; POCHET, Philippe. *Employment and Social Policy since Maastricht: Standing up to the European Monetary Union*. Paper apresentado em “The Year of the Euro”, Nanovic Institute for European Studies. University of Notre Dame, dezembro de 2002.

KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Harcourt, Inc. 1991.

OECD. *International Trade and Core Labour Standards*. OECD, 2000.

OSTERMAN, Paul; KOCHAN, Thomas A; LOCKE, Richard M.; PIORE, Michael J. *Working in America: A Blueprint for the New Labor Market*. The MIT Press, 2001.

PERULLI, Adalberto. *Diritto del Lavoro e Globalizzazione: Clausole Sociali, Codici di Condotta e Commercio Internazionale*. Cedam, 1999.

RIST, Gilbert. *The History of Development: From Western Origins to Global Faith*. Zed Books, 2000.

RODRIG, Dani. *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work*. Johns Hopkins University Press, 1999.

SINGER, Peter. *One World: The Ethics of Globalization*. Yale University Press, 2002.

TSONGAS, George. *Labor Regulation in a Global Economy*. M.E. Sharpe New York, 2001.

ZADEK, Simon. *The Civil Corporation: The New Economy of Corporate Citizenship*. Earthscan London, 2001.

LIBERDADE SINDICAL E TRABALHO DECENTE*

Mario Ackerman**

Foi solicitado que eu fizesse uma exposição sobre Liberdade Sindical e Trabalho Decente. O título tem uma explicação: tudo que falaremos deve ficar marcado na apresentação do que vai aparecer aqui nesses dias e no último estudo geral produzido pela Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT; no âmbito da Declaração de 2008, foi lançado o conceito de trabalho decente. Esse estudo geral está dedicado justamente como uma novidade extraordinária para os quatro direitos fundamentais do trabalho. E a liberdade sindical é, nada mais, nada menos, que um deles, e um instrumento fundamental.

O Sr. Presidente nos deu duas reflexões: uma de Bernard Shaw e outra de Norberto Bobbio. E vou um pouco mais atrás para começar. Vou trazer um parecer de Jean-Baptiste Racine, um dos três grandes escritores franceses do século XVII, junto com Molière e Corneille. A única comédia que ele escreveu, *Les Plaideurs*, fala a respeito dos juristas, que, para abordar cada tema, sempre vão para os princípios, ou seja, eles sempre vão para os princípios de todas as coisas, e, às vezes, até chegar a Adão e Eva.

Não vou tão longe, entre outras coisas, porque o tema que vou abordar é uma questão que ainda não completou cem anos, que é a questão da liberdade sindical, que podemos dizer que é uma adolescente. E por que devemos ir para trás? Assim como não podemos construir o futuro sem ter consciência do presente, é impossível compreender o presente se não conhecemos a história, se não sabemos de onde viemos. Não podemos saber para onde vamos se não soubermos de onde viemos, é disso que se trata.

Depois de uma primeira leitura que vou fazer de alguns parágrafos, que logo vou explicar de onde vêm, porque não foram escritos por mim, eu me

* Conferência de abertura do “Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil”, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho entre os dias 25 e 27 de abril de 2012.

** *Professor titular e diretor do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; membro da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT.*

ocuparei em explicar-lhes, em primeiro lugar, como deve ser feito para que possam entender melhor o que estou dizendo. Ou seja, do que falamos quando nos referimos à liberdade sindical? Depois vou dizer o que a OIT fez, quais são os documentos, o que produziu nessa matéria, há pouco menos de cem anos. E terminarei com uma reflexão apoiada no último documento produzido, que é a Declaração de 2008, que explicarei também do que se trata.

Para fazer um balanço final do que temos, comecemos, portanto, pelo início. Então, eu me permitirei ler alguns parágrafos. Como vêm de um documento mais extenso, farei algumas referências a parágrafos prévios. A conclusão de uma experiência de aproximadamente vinte anos é a de que a legislação do trabalho não é suficiente, que a legislação do trabalho, no sentido estrito da palavra, é apenas um remédio incompleto aos males sociais que a Organização Internacional do Trabalho deve combater. E vou começar pelo seguinte: vivemos tempos muito difíceis. Falamos das crises, dos problemas econômicos, dos problemas sociais, e parece que é algo que aconteceu ontem ou que está apenas acontecendo agora, mas não é bem assim. Por isso, parece-me oportuno começar por essas palavras que certamente não são tão recentes assim.

Então, tal é o Direito do Trabalho, o ponto de partida da política futura, cujo propósito é assegurar ao indivíduo não apenas uma melhoria das suas condições de trabalho, mas a segurança econômica, sem a qual a justiça social não poderá ser plenamente realizada. A segurança econômica, entretanto, não deve ser concebida no seu sentido estrito. Todas as citações precedentes mostram claramente que a segurança econômica não é considerada como um fim em si mesma, mas como uma condição que permite fazer a edificação de um nível de bem-estar material garantido, com uma existência mais completa, mais rica e principalmente mais livre.

A segurança econômica poderia existir, com um alto grau de prosperidade material, em um Estado de escravos, mas, ao preço da escravidão. E o que os governos dos Estados-membros estão decididos a alcançar é a segurança econômica para todos os cidadãos, assegurada de forma a respeitar a dignidade e a liberdade dos indivíduos. Em efeito, como já foi comprovado nesses momentos, essa segurança é um elemento essencial para manter a liberdade e a dignidade.

As máquinas, que fizeram possível a produção em massa, fizeram possível também a desocupação coletiva, contra a qual o trabalhador isolado está impotente. Qualquer que seja a sua energia, a sua iniciativa e a sua boa vontade, quando milhões de homens estão reduzidos ao desespero e à impotência, está paralisada, quando não destruída, a sua participação efetiva, como cidadãos, na vida da coletividade.

O princípio de igualdade política, base do sistema democrático, perde todo seu valor e eficácia se não for traduzido em valores econômicos na vida de cada cidadão. Uma democracia saudável deve assegurar um nível de vida equitativo para todos os seus membros, já que não podemos esperar o jogo natural das forças econômicas, às cegas. O instinto de conservação é o conselho que toda política nacional e internacional deve propor, como finalidade consciente dos seus esforços. Nesse sentido, a segurança econômica para o indivíduo vai mais além do que os direitos ao trabalho e assistência. Vai mais além do que a proteção contra a desocupação, por medidas econômicas ou medidas suficientes, para obter esse objetivo, e, como consequência, eliminar a insegurança do trabalhador comum. Pretende assegurar, para ele e para a sua família, tudo o que precisar na sua juventude, nos seus anos de trabalho e na sua velhice, para ter o seu lugar na coletividade e contribuir para a sua prosperidade, na medida das suas capacidades e dotes. E agrega, por último: sabemos que os problemas sociais e econômicos não podem ser estudados e tratados isoladamente. Se os objetivos sociais devem constituir o elemento fundamental da política geral, a participação das organizações de empregadores e de trabalhadores, em todas as etapas do estabelecimento e da aplicação da política econômica e social, não apenas é desejável, mas é indispensável. Quem disse isso? Edward Phelan, em 1941, em ocasião de apresentar a Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu em Montreal, Canadá, e surgiria, três anos depois, a Declaração de Filadélfia, atualizada em 1944, e a Constituição da OIT.

Por que começo por aqui? Porque parece que isso foi escrito hoje de manhã, ou seja, estamos discutindo hoje as mesmas questões que discutimos anteriormente. No meio dessa questão de interesses econômicos e de direitos sociais, inevitavelmente, há as organizações de trabalhadores e as organizações de empregadores, em cujo marco devemos entender que estamos falando de liberdade sindical. No entanto, como eu estava dizendo, falamos da liberdade sindical e, se olharmos a quantidade de documentos que há, vamos verificar que todos falamos de liberdade sindical como se soubéssemos do que estamos falando, como se todos falassem a mesma coisa. Como tantas vezes falamos de democracia, parece que todos estão falando sobre a mesma coisa.

Então, vamos ver do que estamos falando, porque a Declaração Universal dos Direitos Humanos diz: “Toda pessoa tem o direito de, com outras, fundar sindicatos e de se filiar a sindicatos, para a defesa de seus interesses”. O Comitê de Liberdade Sindical diz que a liberdade sindical é inseparável dos outros direitos humanos fundamentais. A resolução da OIT, de 1970, sobre Direito Sindical e Direito Civil, também nos diz que a liberdade sindical está conjugada com os direitos civis. O que é a liberdade sindical? Uma precisão

conceitual. Nem sempre levamos isto em consideração: a liberdade sindical tem duas grandes expressões que também são inseparáveis – a expressão individual e a expressão coletiva. Digo isso porque, quando falamos de liberdade sindical, às vezes, acreditamos que estamos falando apenas da liberdade dos sindicatos, mas estamos falando também da liberdade dos trabalhadores e da liberdade dos empregadores, porque o direito de se organizar não é só um direito dos trabalhadores, mas também dos empregadores.

A liberdade sindical individual, que assim deve ser chamada, não é uma liberdade, e também devemos esclarecer este conceito: não estamos falando de uma liberdade; estamos falando de um direito, da mesma forma que, quando falamos de Direito Sindical, individual ou coletivo, estamos falando do direito das organizações.

Primeiramente, existe a liberdade individual, direito que têm os trabalhadores e também os empregadores. Cada um, pelo seu lado, tem o direito de se organizar, de se afiliar, de constituir entidades sindicais, de eleger e também de ser eleito. E há o direito de não afiliação, porque é muito fácil dizer que o direito existe, mas também há o direito de se dizer não.

A liberdade sindical coletiva e o direito à autonomia e independência são conceitos equivalentes. Quando falamos de liberdade sindical das organizações de empregadores e das organizações de trabalhadores, estamos falando sobre autonomia, sobre independência perante o Estado – em primeiro lugar, e fundamentalmente, perante o Estado –, e também perante outras organizações e perante os partidos políticos, mas devemos ver em que termos e em que conceitos. E por quê?

O que ocorreu com a OIT? Desde quando ela começou a cuidar desse assunto, liberdade sindical? Desde o começo, desde o preâmbulo da Constituição de 1919. E ainda antes disso, porque todos sabemos que a criação da Organização Internacional do Trabalho, com essa estrutura tripartite, foi produto também de ações prévias de organizações de empregadores, de trabalhadores, de acadêmicos e de governos. Isso explica a estrutura tripartite.

Hoje, estamos preocupados com as crises, alarmados. Vemos a crise na Europa, nos Estados Unidos, o problema dos bancos e assim por diante. Houve a tremenda crise de 1919, que foi o final da Primeira Grande Guerra; já então tínhamos a crise. E ela acompanha a evolução da OIT, assim como a evolução do Direito do Trabalho é uma companheira de viagem, como disse também um professor espanhol. O que diz a Constituição da OIT de 1919, que está incorporada ao Tratado de Versalhes? Considerando que é urgente o reconhecimento do

princípio de liberdade sindical, diz o preâmbulo, foi fundada uma organização encarregada de trabalhar para atingir o preâmbulo desta Constituição. E essa Constituição, como eu disse, vinte anos depois, em 1944, foi atualizada com a Declaração da Filadélfia, a primeira das três grandes declarações – depois falarei das outras duas grandes declarações da Organização Internacional do Trabalho –, que diz duas coisas: a liberdade de expressão e de associação é essencial para o progresso constante. E, depois, disse que temos a obrigação de fomento da negociação coletiva e da colaboração de empregadores e trabalhadores. Sobre essas duas bases, enquanto a Organização das Nações Unidas adota a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre os quais vai reconhecer o direito à organização sindical, à liberdade sindical, imediatamente depois, no ano de 1948, foi adotada a primeira grande convenção da qual falaremos neste Seminário. É a Convenção 87, que versa sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalismo.

Vou falar aqui sobre alguns assuntos dessa convenção, destacando o que para mim é muito importante, por duas grandes razões. Primeiro, pelo marco conceitual e, em segundo lugar, pelo âmbito no qual estamos discutindo, porque o que discutiremos aqui será a Convenção 87. Mas não toda ela, a sua parte central. Rapidamente, vamos ver que isso também aparece na Convenção 98 e nas seguintes. Então, os grandes produtos normativos da Organização Internacional do Trabalho, nesta matéria, foram várias convenções: Convenções 87, 98, 135, 141, 151 e 154.

Aparecem misturados os direitos sindicais dos empregados públicos, as organizações agrárias, as relações de trabalho do Setor Público, o direito de negociação coletiva, que é a Convenção 154, a última que acabo de mencionar. Conjuntamente, em 1970 – vou fazer alguma referência sobre isso –, foi adotada a Resolução sobre a relação entre os direitos civis e a liberdade sindical. Os outros dois grandes instrumentos a que também faremos alguma referência são a Declaração do ano de 1998, sobre os direitos e princípios fundamentais no Trabalho e seu acompanhamento; e a Declaração do ano de 2008, sobre a globalização e a proteção social.

A Convenção 87 é muito breve. As grandes convenções da OIT, como as de número 98 e 151, são convenções breves. Essa Convenção tem onze artigos, define o âmbito de aplicação e o conceito de organização. Eu também gostaria de destacar, quando a Convenção 87 define o que é uma Organização.

Não nos ocupamos tanto do interesse coletivo dos empregadores. Então, aparecem primeiramente os direitos dos trabalhadores, mas a atenção à liberdade sindical pressupõe bilateralidade do interesse coletivo. Há o interesse coletivo

dos trabalhadores e também o dos empregadores, e cada um tem direito de formar as suas organizações. E se relembrarmos os conceitos que falei há alguns minutos, veremos que dois artigos da Convenção 87 tratam dos direitos individuais, e dois artigos da mesma convenção falam de direitos coletivos.

Quando falo de direito coletivo, refiro-me aos direitos das entidades. Temos os arts. 2º e 7º, que tratam do direito de constituir as organizações que os trabalhadores e os empregadores estimem convenientes, o que pressupõe, nas organizações de órgão de controle da OIT, a estrutura sindical, o tipo de sindicato que queiram formar e a impossibilidade de que, via normativa, por novas estatais, imponha-se um modelo de unicidade sindical.

Aponto este fato, ou seja, estamos falando de um problema de Direito Individual. Quando falamos de unicidade sindical, referimo-nos à violação do art. 2º da Convenção 87. Falamos sobre direitos individuais dos trabalhadores, como poderíamos estar falando sobre direitos individuais dos empregadores. Não nos referimos aos direitos coletivos, mas aos individuais. Uma sociedade democrática não pode se esquecer dos indivíduos. E certamente o direito de afiliação, com a discussão baseada no texto da convenção, que não contempla expressamente a liberdade negativa. O direito de se afiliar está contemplado, mas não o direito de não se afiliar. Mas isso também foi construído pelos órgãos de controle, no sentido de que o direito à afiliação obrigatória poderia surgir da negociação coletiva, mas não é admissível que surja das normas de fonte estatal. E por que isso? Porque, no modelo, no marco de liberdade sindical real, as partes são livres para se organizar como estimarem conveniente. E o trabalhador poderá escolher entre se afiliar a um sindicato ou a outro, e a autonomia coletiva poderá colocar limites, mas condicionada, é claro, ao modelo de liberdade e pluralidade sindical.

Curiosamente, o desenvolvimento que foi feito da matéria sindical vem a partir dos arts. 3º e 4º, que são os que se ocupam da liberdade sindical coletiva, que é basicamente a autonomia de ditar as próprias normas, de ser independente. Autonomia. A partir de então, as entidades sindicais poderão definir os seus estatutos, o seu regime eleitoral, o tipo de reunião que queiram fazer, o direito dos representantes das entidades sindicais para ter acesso aos locais de trabalho, a fiscalização da vida sindical, mas apenas por via judicial, em casos excepcionais. Certamente quando o art. 3º, no ponto 1, na frase final, fala do direito das organizações de trabalhadores e de empregadores de formular o seu programa de ação, isso permitiu aos órgãos de controle desenvolver como expressão necessária, inevitável e imprescindível da liberdade sindical o direito à greve.

DOUTRINA

Um pequeno comentário sobre esse tema. Normalmente vemos os órgãos de controle que se excederam, o direito à greve na Convenção 87. Vocês saberão que isso quase é uma palavra em certos âmbitos... Está bem de vez em quando falar alguma palavra ruim. Devemos provocar para que as pessoas reajam. Vou dizer uma palavra ruim: greve. É curioso, mas a greve não é uma liberdade, é um direito. Quando digo isso, estou dizendo, para a tranquilidade dos empregadores, que todo direito, depois de ser incorporado à ordem jurídica, nasce naturalmente com limite. Então, o melhor que poderia ter ocorrido às empresas e aos governos é reconhecer expressamente o direito à greve. Se é reconhecido, pode ser limitado. Não podemos limitar o que não é reconhecido. É admitido e, assim, colocamos os limites. O outro é negar o que existe. Não há nada melhor do que reconhecer o que existe e conviver harmonicamente no terreno do jurídico. É bem verdade que não há nenhum convênio da OIT que expressamente trate do direito à greve. Apenas aparece mencionado na Convenção 105, quando é proibido o trabalho forçado, na recomendação sobre a solução de conflitos, e também aparece essa palavra greve mencionada quase como uma palavra ruim.

A construção era necessária. Graças a essa construção foi possível desenvolver a possibilidade de proibir, não apenas regular, mas proibir o exercício de greve em serviços essenciais para a comunidade. Por que isso? Porque a greve, como expressão de liberdade sindical, é um direito fundamental, não é um direito absoluto. Os únicos direitos absolutos que há são o direito à vida, o direito à saúde e o direito à segurança pessoal. Perante os direitos absolutos, há alguns direitos fundamentais que encontram uma barreira que não podem atravessar. Foi o que disseram os órgãos de controle e os serviços essenciais. É admissível limitar e até proibir o exercício do direito à greve e é até mesmo admissível substituir os trabalhadores que estão fazendo greve. É que nessa matéria o interesse da comunidade, o interesse das pessoas é mais importante que o interesse setorial, que é o interesse das organizações de trabalhadores e das organizações de empregadores.

E atenção: quando fiz referência ao art. 3º, o direito à greve não é um direito individual, mas um direito das entidades sindicais. É um direito reconhecido às organizações. Depois podemos ter alguma discussão sobre o direito de formular a sua própria ação e reconhecer as organizações dos empregadores. Seria um debate mais moderno e que não valeria a pena introduzir aqui neste momento.

Há os outros artigos da convenção. Simplesmente para saber do que se trata, fala-se sobre a dissolução ou intervenção por via administrativa, a possibi-

lidade de formar confederações. Na realidade, são os arts. 5º e 6º da Convenção, que falam também do interesse coletivo. Regras gerais de fomento e o princípio de legalidade. Às vezes, há coisas inexplicáveis. Todas as atividades devem estar submetidas ao que diz a lei, mas sempre quando a lei não disser o contrário do que diz a Convenção. É o que vai dizer, então, o texto da Convenção.

Por que é importante algo que ocorreu alguns anos depois, em 1970, quando no dia 25 de junho do referido ano, a Conferência adotou a resolução sobre o Direito Sindical e a sua relação com o Direito Civil? Basicamente o que desenvolve essa resolução é o conceito de que a ideia de Direito Sindical, a noção de liberdade sindical, não tem sentido quando não existe a liberdade civil. E aqui precisamos nos deter por alguns segundos também.

É impossível pensar em liberdade sindical quando não há liberdade civil. A ditadura não admite as organizações de trabalhadores nem de empregadores, mas, ao mesmo tempo, assim como a liberdade sindical não pode se desenvolver sem um contexto democrático, também precisamos dizer que o sistema democrático é imperfeito e está incompleto quando não reconhecemos plenamente o exercício da liberdade sindical nos termos contemplados na Convenção 87 da OIT. Falta uma perna para essa democracia. Ela não está completa se não reconhecer plenamente o direito à liberdade sindical. Então, a expressão “coletiva” e também a sucessão individual, essa é a leitura que deve ser feita da resolução do ano de 1970 da Conferência Internacional do Trabalho.

Como eu estava dizendo, mais além da extraordinária criação e da doutrina desenvolvida pelos órgãos de controle da OIT fundamentalmente nesta matéria, o Comitê de Liberdade Sindical de 1951, mas também pela comissão de especialistas na aplicação da convenção e também das suas recomendações, ainda mais antigo, criado em 1926, pela via do controle regular do cumprimento das convenções. Além do desenvolvimento dessa doutrina, também chamada de jurisprudência dos órgãos de controle, a jurisprudência do Comitê de Liberdade Sindical, há outros dois documentos importantíssimos produzidos pela OIT nesta matéria.

O primeiro documento foi a segunda atualização da OIT, embora essa diferença da Declaração de 1944, sem modificar o texto da Constituição. A Declaração do ano de 1944 adiciona uma espécie de capítulo a partir do art. 40 da Constituição do ano de 1919. Estou falando da Declaração da OIT relacionada aos princípios e direitos fundamentais do trabalho. Qual é a importância dessa Declaração? Ela leva em consideração que, depois de oitenta anos de desenvolvimento de suas atividades, os países membros da organização não podem deixar de seguir o cumprimento da convenção fundamental, ou seja, não se

pode ser membro sincero da Organização Internacional do Trabalho – insisto neste ponto – se não se assumir um compromisso solene de cumprir com os direitos fundamentais no trabalho, e, com isso, as oito convenções fundamentais. E o primeiro dos direitos fundamentais é o direito à liberdade sindical e à negociação coletiva, Convenção 87 e Convenção 98. E, certamente, também, isso pressupõe o compromisso de eliminar toda a forma de trabalho forçado (Convenções 29 e 105), de eliminar também todas as formas de trabalho infantil, as piores formas de trabalho infantil (Convenções 138 e 182) e, é claro, sem dúvida, a eliminação de toda forma de discriminação, a desigualdade salarial (Convenções 100 e 111).

Isso levou a um mecanismo de acompanhamento desses compromissos assumidos pelos países. Depois da Declaração, tivemos algum incremento da ratificação dessas convenções. Além disso, pelo fato de ser membro da Organização, especialmente em matéria de liberdade sindical, o país pode ser submetido ao controle e à atividade do Comitê de Liberdade Sindical. Para o país que não tiver ratificado a Convenção 87, há uma medida de controle regular, prevista por meio do conselho de especialistas para aplicação da convenção.

No ano de 2004, foi produzido um relatório importantíssimo. O que ocorreu? O Conselho de Administração da OIT, no mês de novembro de 2001, criou a Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, a qual, mesmo que tenha passado sem chamar muita atenção, teve um âmbito de discussão extraordinário, porque, cada vez que falamos em globalização, referimo-nos a temas econômicos. Eu gostaria de assinalar duas coisas: quando falamos em globalização, falamos em algo diferente. Hoje, tudo é globalizado; há algumas décadas, tudo está globalizado. Antes, o mundo era regional, até o final das décadas de 70 e 80, o mundo era regional. O que quer dizer isso? Era muito clara a diferença entre o que ocorria na América Latina, na África e na Ásia. Se algumas coisas ocorriam na Ásia, era problema dos asiáticos; se havia algo na Europa, certamente era problema dos europeus. Nós aqui, latino-americanos, tínhamos outros problemas, completamente diferentes dos europeus. Porém, se existiam dificuldades econômicas na Europa, normalmente, não sabíamos muito. Mas o mundo olhava bastante, sem dúvida, para o que ocorria na Europa, e esta, por sua vez, exportava o seu modelo de estado de bem-estar. A ideia do *welfare state*, do bem-estar social, foi copiada. O modelo parecia limitado, mas muito foi copiado. Grande parte de toda essa ideia de seguridade social veio de lá, mas os problemas eram regionais, tanto que as organizações regionais foram criadas.

DOCTRINA

Primeiro, veio a União Europeia, com as diferentes denominações, a partir da criação do Tratado de Roma em 1957. Temos aqui o Mercosul. Os países asiáticos e andinos têm as suas convenções. Então, os problemas eram vistos de uma forma mais regional, mas já há um tempo que as coisas não são mais assim. Tivemos a crise energética, a crise do petróleo, que mudou essa noção de região quando os países árabes, donos do petróleo, deram um pontapé, dizendo: “Aqui estamos nós; somos donos de uma matéria-prima essencial”. Hoje, as matérias-primas condicionam a vida de todos. Há também o condicionamento da ideia do mundo integrado, em que os problemas não são mais locais, regionais; as pragas são mundiais. A AIDS, por exemplo, é mundial, não é local, e a gripe aviária também. Gosto de dizer que, quando começou, no México, a gripe “A”, no mundo todo se usou o álcool em gel. Cada um andava com seu frasquinho de álcool em gel, por conta da gripe que estava correndo lá no México.

As crises econômicas também são mundiais. É nesse contexto que devemos entender, em primeiro lugar, que a criação da Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização, que produziu um documento importantíssimo, publicado em 2004, foi para uma globalização justa e a criação de oportunidades para todos. Por que estou me lembrando desse dado? Porque será montado nesse relatório da Comissão Mundial que, em 10.06.2008, a Conferência Internacional do Trabalho adota a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa. Se observarmos cuidadosamente, essa declaração não diz nada diferente do que disse a Convenção de Filadélfia, de 1944. A economia se legitima e cria um marco para uma melhor qualidade de vida para todos. E o que fez a OIT com a Declaração de 2008? Define os objetivos estratégicos da Organização, que vou assinalar.

Assim, vou me deter um minuto, porque, como eu disse, ela é a herdeira direta da Declaração de Filadélfia, de 1944, aquela em que encontraremos como antecedente imediato a memória preparada por Edward Phelan, que, naquele momento, era Diretor Interino da Organização Internacional do Trabalho.

A Declaração institucionaliza a noção de trabalho decente e define os quatro grandes objetivos estratégicos, inseparáveis e inter-relacionados, que se reforçam mutuamente. Quais são os quatro objetivos estratégicos? A promoção do emprego num entorno institucional, econômico e sustentável. A adoção e ampliação de medidas de proteção social, o que significa segurança e proteção social para os trabalhadores, e que também sejam sustentáveis, ao longo do tempo, e sejam adotadas de acordo com as circunstâncias nacionais.

O terceiro objetivo é a promoção do diálogo social tripartite. Esse é o ponto a que eu gostaria de chegar e, com o qual, concluirei minha intervenção.

Eu gostaria de me deter nesse ponto, que é o central. Começo explicando por que escolhemos esse tema para exposição e por que o vinculamos tão fortemente com a liberdade sindical. Assim como em torno desses quatro objetivos estratégicos teremos a produção de um Estudo Geral da Comissão de Especialistas sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações, que vão aparecer na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, uma obra importantíssima e atualizada da doutrina da Comissão de Especialistas, nas oito convenções a que fiz referência, o quarto objetivo estratégico diz respeito à promoção e à aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho, que dá uma particular importância não apenas aos direitos, mas também às condições propícias para sua implantação.

Volto a ressaltar que a liberdade sindical não é apenas um direito e um objetivo; também é um instrumento. A organização sindical não é um fim em si mesma; é um instrumento fundamental para a satisfação dos interesses coletivos dos trabalhadores e dos empregadores, em outra circunstância. Por isso, é um direito e também é condição propícia necessária para a plena realização de todos os objetivos estratégicos levando em consideração que a liberdade de associação, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva são particularmente importantes para permitir o alcance dos quatro objetivos estratégicos.

A violação dos princípios e dos direitos fundamentais do trabalho não pode ser evocada ou utilizada como uma vantagem comparativa legítima, e as normas do trabalho não deveriam ser utilizadas com fins comerciais e protecionistas.

Qual o balanço que faço para terminar minha exposição? O balanço é a ideia do inseparável. Há três âmbitos para o inseparável. Primeiro deles: é inseparável a liberdade sindical individual da liberdade sindical coletiva. A ratificação da Convenção 98 apenas tem sentido se vier acompanhada da ratificação e da aplicação da Convenção 87. O outro é admitir a democracia de um partido único. Em Cuba, eles chamam de eleições. E isso é democracia plena, mesmo tendo apenas um único partido? A democracia do partido único não é uma democracia. Então, a Convenção 98 não alcança. A Convenção 98 ratificada isoladamente pode consolidar a violação da Convenção 87.

O segundo ponto intrínseco é o nº 4 da Declaração de 2008: os direitos fundamentais são inseparáveis. Não é concebível considerar isoladamente cada um desses direitos fundamentais. Especialmente, a liberdade sindical é transversal a todos os direitos fundamentais e aos outros direitos dos trabalhadores. Não podemos falar de salários, se não falarmos de liberdade sindical; não po-

DOCTRINA

demos falar de saúde e de segurança do trabalho, se não falarmos de liberdade sindical no direito e na defesa dos trabalhadores de controlar o complemento das normas de saúde e de segurança no trabalho; não podemos falar de igualdade de tratamento e de não discriminação, de proteção do trabalho infantil, se não estivermos num contexto de liberdade sindical plena – transversalidade.

O último ponto é o que diz a Resolução de 1970: a liberdade sindical caminha conjuntamente com os direitos civis. Para dizer com outras palavras, o Relatório Oroux, de 1982, na França, quando dizia que a democracia não pode ficar apenas nas portas das fábricas; a democracia não termina na porta do local de trabalho. Sou consciente do local onde estou. Sou consciente do âmbito em que estamos tendo este debate, mas se algo deve ser dito para fechar é que os problemas começam a ser resolvidos quando começamos a falar a respeito deles.

A LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DO TRABALHO NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DE COLISÃO DE VALORES FRENTE À SÚMULA Nº 331 DO TST

Norma Sueli Padilha*

1 – INTRODUÇÃO

A adoção pelo texto constitucional de 1988 de uma generosa gama de valores fundamentais, muitos dos quais expressos na forma de princípios, aos quais, em tempos de pós-positivismo, se reconhece plena normatividade, propicia o que pode se identificar como um *sistema constitucional de conflitos*, que, por sua vez, necessita dos mecanismos propiciados pela *nova hermenêutica constitucional*, aptos a descodificar a tensão da *colisão de direitos fundamentais*, construindo uma base de harmonização propiciadora da unidade do sistema e condicionadora da atividade do intérprete, na busca de plena efetividade.

No novo paradigma constitucional da normatividade dos princípios, relevante é a busca de uma melhor compreensão da *teoria dos princípios*, enquanto um mecanismo da nova hermenêutica constitucional de importante aplicação na resolução de *casos difíceis*. A teoria dos princípios contribui para esclarecimentos essenciais a respeito dos *limites insuperáveis de restrição* aos direitos fundamentais, permitindo a utilização pelo julgador do procedimento da ponderação, por meio do “princípio da proporcionalidade”, que em suas três etapas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito,

* Advogada; mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora adjunta da UFMS; professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos; pesquisadora do CNPq e líder de grupos de pesquisa; autora dos livros: Do meio ambiente do trabalho equilibrado, Editora LTr, Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial, Sergio Antonio Fabris; Gramática dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988; Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental brasileiro, Editora Campus Elsevier – obra laureada com o Prêmio Jabuti 2011 na categoria Direito.

representam um critério racional ao raciocínio jurídico e a possibilidade de limitação da discricionariedade judicial nos casos difíceis.

A necessidade de análise de colisão de princípios nos casos concretos é um fenômeno de larga ocorrência nas lides judiciais trabalhistas, mormente aquelas decorrentes da terceirização de mão de obra, decorrente de conflitos gerados nas mudanças estruturais na ordem política, econômica e social, que impõem uma considerável pressão sob a construção teórica tradicional do Direito do Trabalho, abalada pela ideologia econômica moderna, que coloca em xeque os pilares do modelo intervencionista do ordenamento jurídico trabalhista, principalmente da função tuteladora do empregado.

Nesse sentido, o presente artigo pretende oferecer uma contribuição para a análise da estrutura normativa e interpretativa do Princípio Protetor no ordenamento jurídico trabalhista, especialmente no Direito Individual do Trabalho, no sentido de reafirmar sua significativa e, ainda, atual importância, analisando-o sob a ótica da teoria dos princípios.

O Princípio Protetor, enquanto o princípio sob o qual se alicerça e fundamenta a razão de ser do próprio Direito do Trabalho – promover a igualdade e a dignidade do ser humano trabalhador –, necessita de novos mecanismos jurídicos para uma releitura da exata dimensão de sua função e papel na atualidade, e que o insira adequadamente diante da complexidade de confrontos a que ora se vê submetido.

Redimensionar a função do Princípio Protetor frente a complexas colisões de direitos, de lides de massa, de uma conflituosidade nova e não padronizada pelo paradigma jurídico tradicional, exige mecanismos da moderna hermenêutica constitucional para apoiar sua concretização mesmo em “casos difíceis”, pois enquanto norma jurídica, o Princípio Protetor está na base de direitos fundamentais do trabalhador que não podem deixar de serem “levados a sério”¹.

O objetivo específico é fazer uma análise do Princípio Protetor à luz da “teoria dos princípios”, no intuito de contribuir para a verificação de sua mais abrangente aplicação, enquanto base tutelar dos direitos fundamentais do trabalhador, resgatando a verdadeira função do Princípio Protetor, norma principiológica que ordena sua aplicação na defesa do primado dos valores morais que sempre embasaram o Direito do Trabalho desde sua origem, e que estão acima dos valores econômicos.

1 Conforme a feliz expressão de Ronald Dworkin: “Levando os direitos a sério”.

No aprofundamento da análise do Princípio Protetor, aplicam-se teorias essenciais para a construção do processo de evolução normativa e compreensão do papel que ocupam os princípios no ordenamento jurídico, como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy², autores que contribuem significativamente acerca da compreensão da natureza dos princípios nos sistemas jurídicos modernos, que passam a ser considerados como parte jurídica e dogmática do sistema de normas, providos de alta importância e relevante peso, elevando a norma jurídica à categoria de gênero, da qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra³.

Por fim, aplica-se a análise teórica abordada no artigo sobre um caso judicial concreto que enfrenta o tema da *terceirização da mão de obra*, fenômeno dos mais complexos das relações trabalhistas da atualidade, e que desafia as decisões judiciais dos Tribunais trabalhistas, não só por seu inegável reflexo econômico e social, e do desafio do enfrentamento de tais casos judiciais difíceis, mas também por colocar em choque os fundamentos principiológicos sobre os quais se assenta o Direito do Trabalho, realçando a importância da aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional.

2 – OS “CASOS DIFÍCEIS” E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A atual conjuntura da sociedade de massa provoca conflitos de interesses de dimensões extremamente abrangentes e complexas, colisões de direitos materiais que, embora plenamente amparados pela legalidade, não permitem uma solução simples quando em confronto em um caso judicial. Em tais “casos difíceis”⁴, a concretização da norma não pode limitar-se à definição do seu sentido, mas necessita do recurso aos valores que a norma procura proteger, bem como do enfrentamento da situação de confronto com valores colidentes que possam afetar a sua integral efetivação, a qual exigirá do juiz a realização de uma escolha.

Dessa forma, faz-se necessário uma operação valorativa, referida ao caso concreto, dos valores colidentes, para elucidação e compreensão da natureza

2 Conforme as obras: “Levando os direitos a sério” e “Uma questão de princípios” de Ronald Dworkin; e “Teoría de los derechos fundamentales” e “El concepto y La validez del Derecho” de Robert Alexy.

3 Vide também “O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional”. PADILHA, Norma Sueli. In: Princípios de Direito e Processo do Trabalho: questões atuais. Coord. Thereza Christina Nahas. Editora Campus/Elsevier, 2009.

4 Segundo Manuel Atienza, pode-se definir casos difíceis como “aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e outros”. In: As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica, p. 84.

de tais direitos. Para tanto, deve-se aplicar um processo racional e controlável para a busca da solução adequada.

A decisão judicial de colisão de interesses que envolvam direitos expressados por meio de “regras” fundamenta-se em processos de raciocínio jurídico que envolvem, na maioria das vezes, apenas um processo de subsunção e a utilização dos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica clássica (gramatical, lógico, sistemático, histórico, dentre outros). No direito individual do Trabalho inúmeros casos judiciais são assim, nesse sentido, “casos simples”, julgamentos judiciais favorecidos pelo apoio do raciocínio meramente subsuntivo.

De acordo com Herbert Hart, os “casos simples” ocorrem com frequência no Judiciário, em contextos semelhantes e para os quais as expressões gerais serão claramente aplicáveis e as decisões judiciais não se mostram problemáticas, mas praticamente automática. Mas haverá também os “casos difíceis”, nos quais as expressões gerais não são claramente aplicáveis e nos quais as decisões não são facilmente encontradas, tratando-se de casos que o Direito deixou regulados de forma incompleta (2001, 139-141).

Para tais “casos difíceis”, o que caracteriza o cerne do raciocínio jurídico na busca da solução correta não é a lógica formal dedutiva, por meio de um processo de subsunção que levaria a extração de uma conclusão silogística. Em tais casos difíceis o que se apresenta para aquele que deve decidir é uma “escolha entre alternativas de decisão”, pois possuem uma textura aberta, não definida por regras detalhadas.

Assim, o raciocínio jurídico utilizado nos “casos difíceis” não é uma mera dedução, resultado de um silogismo, cuja conclusão será correta porque pode ser demonstrada formalmente, a partir de premissas verdadeiras – não se pode eliminar, do raciocínio prático, o fator da decisão, da escolha – que lhe é essencial.

O que está em jogo, na decisão de um caso difícil, não é o sentido de uma linha de texto, mas o questionamento quanto aos valores que se pretende proteger e os valores que se contrapõem – qual é o mais importante? Assim, vemos que o juiz não é um mero calculador, mas, ao contrário, é levado a sopesar e a enfrentar valores. Portanto, na operação com valores em confronto, aquele que decide aplica critérios racionais para justificação de sua conclusão, o que ocorre mediante a argumentação, que apresenta, na decisão, um discurso racional, para o qual se exige fundamentação.

Mas que padrões os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis? Este é um questionamento proposto por Dworkin (2002), que nos possibilita

um caminho de análise do problema proposto, para um passo adiante ao da mera possibilidade de exercício de um poder discricionário judicial, que nos convém analisar.

Dworkin afirma que as teorias da decisão judicial ainda colocam o julgamento à sombra da legislação, justificadas no fato de que as regras do direito, muitas vezes, são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas aos casos concretos e que, às vezes, os problemas são tão novos que não permitem qualquer solução preexistente, cabendo, portanto, aos juízes, nesses casos, criar um direito novo, explícita ou implicitamente. Assim é que o positivismo jurídico fornece uma teoria para os casos difíceis, autorizadora da atuação do poder discricionário, que, na verdade, significa a possibilidade de criação de novos direitos a serem aplicados, retroativamente, ao caso concreto⁵.

Mas, segundo o autor, a teoria do poder discricionário não leva a lugar algum. E afirma que, mesmo nos casos difíceis, o juiz continua tendo o dever de “descobrir” quais são os direitos das partes, e não o de inventar novos direitos, para serem aplicados retroativamente (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Ronald Dworkin afirma que os positivistas possuem uma visão incompleta do direito e do raciocínio judicial, uma vez que, da correta concepção da interpretação do direito, se depreende que nele se inserem, também, “princípios jurídicos implícitos”, que se ajustam ao direito explícito de forma coerente, conferindo-lhe justificação moral e assim “o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão”, é preciso admitir que resta uma área de penumbra na decisão judicial dos “casos difíceis”, onde decidir significa escolher, fixando o conteúdo da norma entre alternativas diferentes.

E, embora reconheça que não existe nenhum procedimento mecânico, para resolver os casos difíceis, nos quais os juristas criteriosos divergirão acerca dos direitos em confronto, e quando nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva, necessariamente, convencer ao outro, afirma que se devem *fornecer princípios*, visando descobrir-se à decisão apropriada, uma vez que o juiz não está livre para fazer qualquer escolha, mas deve fazer a melhor escolha, em sintonia com os princípios de justiça do sistema. Ou seja, *as decisões judiciais, em casos difíceis, devem ser geradas por princípios* (DWORKIN, 2002, p. 132).

5 Conforme os ditames da hermenêutica filosófica.

Dworkin deixa claro que, em momento algum, o juiz está autorizado à escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Mas, ao contrário, deve identificar a concepção particular de moralidade comunitária já inserida no sistema, que deverá ser o fator decisivo para a resolução do problema jurídico, num ideal construtivista da decisão judicial (2002, p. 197).

Mas alerta que uma coisa é apelar ao princípio moral com uma fé tola de que uma mão invisível, atuando sobre a ética e a economia, poderá fundir os direitos individuais e o bem-estar geral, e que o direito, baseado em princípios, levaria à harmonização de uma utopia de direitos sem atrito; e outra coisa é encarar os *princípios morais do sistema na qualidade de normas*, com a responsabilidade de levá-los a sério. E se, na verdade, as decisões a respeito dos vários princípios contidos na Constituição foram deixadas a cargo dos juízes, e não do povo, é porque se está agindo dentro do espírito da legalidade, muito embora se corra o risco de os juízes fazerem escolhas erradas. Entretanto, ainda assim, “devemos conceber nossas instituições para reduzir o risco de erro, tanto quanto possível” (DWORKIN, 2002, p. 230-233).

O autor afirma que o cerne do problema da teoria da discricionariedade está na confusão que se faz entre princípios e regras, ou seja, se o jurista pensa o direito como um sistema de regras, admitirá o poder discricionário no sentido forte, em que o juiz muda regras antigas e introduz novas. Da mesma forma, quando nessa concepção ultrapassada, se ouve alguém afirmando que princípios jurídicos são parte do direito, conclui-se que se trata de regras acima do direito, “padrões extrajudiciais que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário” (DWORKIN, 2002, p. 61-63).

Dessa forma, é preciso adotar-se outro tipo de interpretação dos princípios jurídicos e tratá-los como direitos a serem “levados a sério”. E, nesse ponto, releva de importância a compreensão fornecida pela teoria de Dworkin, para a maturidade do processo de evolução dos princípios, e de sua construção normativa, que passam a ser considerados como parte jurídica e dogmática do sistema de normas.

Entretanto, embora o fenômeno da colisão de direitos fundamentais dê margem a variadas discussões, importa destacar que somente podem ser solucionadas “se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos” (ALEXY, 1999, p. 73).

E a questão que se levanta no presente artigo é perquirir dos limites de restrição ao princípio protetor, em razão de sua correlação direta com os direitos

fundamentais do trabalhador e como isso deve ocorrer, exatamente para que não se dê o descumprimento generalizado da base principiológica do Direito do Trabalho.

Lembrando que a aplicação do Direito “depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade” (ÁVILA, 2006, p. 24).

Sempre deverá haver uma solução, uma opção de resposta mais adequada, até mesmo para os “casos difíceis”, cuja resposta possível para a solução mais adequada não será encontrada facilmente.

3 – A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O estudo da Teoria dos Princípios nos revela a importância do lugar que ocupam os “princípios” no sistema jurídico moderno, enquanto normas de grande relevância que expressam ideais morais, compondo um modelo de sistema em que as normas jurídicas se expressam por meio de princípios e regras e se aplicam por meio de um procedimento.

Por sua vez, o critério de distinção entre regras e princípios não é apenas baseada no grau de abstração da prescrição normativa, mas também numa distinção qualitativa. Segundo Humberto Ávila, o “critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão” (2006, p. 35).

Decisiva foi a contribuição de Ronald Dworkin para a definição da natureza dos princípios, identificando-os como “tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas”, mas que fazem parte do Direito enquanto normas-valores.

Os princípios estão providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, constituindo a norma de eficácia suprema. Assim, a norma jurídica fica elevada, conceitualmente, à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Portanto, é preciso adotar-se diferentes formas de interpretação entre as diferentes espécies de normas jurídicas.

Destaca Dworkin que os princípios atuam de forma vigorosa, com toda sua força, nos casos difíceis (2002, p. 46-48).

Esclarece o autor referido que os princípios não prescrevem resultados, posto que somente regras ditam resultados e são abandonadas ou mudadas, quando se obtém um resultado contrário, enquanto os princípios inclinam, de maneira não conclusiva, a decisão em uma direção e sobrevivem intactos. Ou

DOCTRINA

seja, se a regra é aplicável, então ela determina o resultado, mas se não se aplica (se ela é inválida), não contribui em nada para decisão. Contudo, os princípios têm uma dimensão de “peso”, assim, em caso de conflito, o princípio a que se atribuiu um peso menor, em relação a um determinado caso, não é por isso inválido, e continua integrando o ordenamento.

Assim, para Dworkin, a diferença entre princípios e regras está na estrutura lógica destes padrões normativos, pois os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de *pesos relativos*, que devem ser sopesados na hipótese de colisão de princípios, em um processo de interpretação construtiva, caso em que o princípio de maior peso relativo se sobrepõe ao outro de menor, sem que este se torne inválido no sistema.

Por essa razão é que o juiz, em casos difíceis, de colisão de direitos, deve lançar mão do critério do “peso relativo dos princípios”, pois, quando estes se confrontam, deve-se resolver o conflito considerando a força relativa de cada um, o que não representa poder discricionário, mas a “obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão” (DWORKIN, 2002, p. 57-58).

Dessa forma, é preciso que existam princípios com importância e outros sem tal importância e é necessário que existam alguns princípios mais importantes que outros. Assim é que, para Dworkin, faz sentido *perguntar o peso que o princípio tem ou quão importante ele é*, muito embora a mensuração não possa ser exata e o julgamento que determine que um princípio é mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia.

Diferentemente, as regras aplicam-se na base do “tudo ou nada”, não na dimensão de peso, mas na dimensão da validade. Quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida e, assim, o próprio sistema jurídico prevê critérios para a resolução desse confronto, até porque não se pode dizer que uma regra é mais importante que outra, enquanto parte do mesmo sistema de regras (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Entretanto, o nosso sistema jurídico, diferentemente do norte-americano, não utiliza critérios para sustentar a concepção de princípios mais ou menos importantes ou, mesmo, para a resolução de conflito entre princípios. Dessa forma, não há como sustentarmos que, quando houver um confronto envolvendo valores, como base deste ou daquele direito individual ou coletivo, deverá prevalecer o de maior peso – afinal, a quem caberá definir o peso de tais valores ou princípios e sob quais critérios?

No que se refere especificamente ao Princípio Protetor, que se expressa por meio de vários outros princípios norteadores do Direito Individual do Trabalho (norma mais favorável, condição mais benéfica, imperatividade, indisponibilidade, intangibilidade salarial, primazia da realidade, continuidade)⁶ e, ainda, dada sua considerável carga de conteúdo axiológico que necessita de inúmeras regras para sua concretização, a possibilidade de colisão direta com outros princípios fundamentais torna-se cada vez mais evidente, principalmente em casos difíceis, nos quais se verifiquem as atuais tensões, entre, de um lado, a sua função protetora e tutelar da pessoa do trabalhador e, de outro, os interesses econômicos de um mercado em ascensão, que pressiona por meio de fenômenos como a desregulamentação, a flexibilização, a terceirização, dentre outros.

Nesse contexto, abre-se caminho para a contribuição fornecida por Robert Alexy (2002), que, para além da proposta de Dworkin, nos oferece uma *pretenção de correção* dentro da teoria da argumentação, baseado em um *procedimento discursivo* que visa a dotar a decisão jurídica e sua fundamentação de um *critério de racionalidade*, como uma alternativa ao puro objetivismo da subsunção, ou o puro subjetivismo da discricionariedade, em busca da *decisão adequada nos casos difíceis de colisão de direitos*. Sua teoria normativa material demonstra que tal tensão se resolve pelo acolhimento dos *postulados morais* que adotam a forma de *direitos fundamentais*, destacando a importância dos princípios nos sistemas jurídicos modernos, já que eles expressam ideais jurídicos e morais, que só poderão ser integrados mediante um *modelo de sistema integrado por regras, princípios e procedimento*.

E, uma vez que os princípios não contêm mandatos definitivos, como as regras, mas “mandatos de otimização”, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podem ser cumpridos em distintos graus, exigindo, para tanto, um procedimento racional apto à harmonização dos princípios conflitantes. Assim, tal colisão se resolve por meio do “procedimento de ponderação”, que implica em um juízo de peso, na análise do caso concreto, sopesando-se a relação de precedência condicionada por meio do instrumento da máxima da proporcionalidade.

Esse modelo de Direito em três níveis, o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos, proposto por Alexy, apesar de não permitir alcançar, sempre, uma única resposta correta para cada caso, é o que leva a um maior grau

6 Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio tutelar no Direito do Trabalho não se desdobra apenas nas três dimensões do *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica, mas “seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”. In: Curso de Direito do Trabalho, p. 199.

de racionalidade prática, que de acordo com Atienza (2003, p.182) “é também o modelo de racionalidade incorporado no Direito moderno e, em particular, no Direito de um Estado democrático e constitucional”.

4 – O PRINCÍPIO PROTETOR COMO “MANDATO DE OTIMIZAÇÃO”

Alexy (1997) apresenta o procedimento da ponderação, na resolução da colisão de princípios, como um procedimento racional e controlável, em substituição à mera subsunção da hermenêutica tradicional. Trata-se de um método jurídico de apoio à decisão judicial nos “casos difíceis”, implicando uma operação valorativa, em que o resultado ótimo depende de um sopesamento de valores determinados por princípios colidentes.

Trata-se de uma teoria do “discurso jurídico racional prático” por meio de um procedimento argumentativo, no qual a *pretensão de correção* se caracteriza pelos seguintes elementos: i) *um sistema de condições de prioridade* (que serve para proporcionar informações sobre o peso relativo dos princípios); ii) *um sistema de estruturas de ponderação* (inclusão de otimização dentro da ponderação na aplicação dos princípios); iii) *um sistema de prioridades “prima facie”* (cria uma certa ordem no campo dos princípios possível de alteração diante de novas circunstâncias)

Portanto, direitos que se expressam por princípios possuem uma *relação de precedência “prima facie”* (peso relativo), e sua aplicação e delimitação é um problema de otimização, que exige um processo de ponderação para se definir a supremacia de um princípio frente ao outro, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. E quando um princípio cede a outro, em um determinado caso concreto, tal resultado não significa declarar o princípio de menor relevância naquele caso, inválido para a solução de outras colisões de princípios.

O procedimento da ponderação, enquanto um procedimento racional, fixará uma relação de “precedência condicionada” entre valores e princípios opostos, garantindo a racionalidade da argumentação e do resultado (mas não um único resultado). Para Alexy, a aplicação da “lei da ponderação” não permite que um bem seja obtido com excessivo sacrifício de outro, pois quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro.

Por sua vez, o peso dos princípios não é determinado em si mesmo, mas apenas *prima facie*, ou seja, nos sistemas jurídicos modernos impera a *relatividade do peso dos princípios*, que se auferem de acordo com as relações de *precedência condicionada ao caso concreto*. Para certos princípios, há uma

impressão de absolutividade de acordo com um grupo amplo de condições de precedência, que conferem um alto grau de certeza de prevalência em confronto com princípios colidentes.

A teoria de Alexy não propõe determinar objetiva e definitivamente um peso para cada direito, o que consistiria na adoção de uma ordem dura na teoria dos princípios, ou seja, uma relação concreta de prioridade para todos os casos de colisão, o que implicaria que, para cada caso de colisão, haveria um único resultado, e converteria a teoria em uma ampla lista de regras de decisão para cada caso concreto de direito fundamental, o que é inaceitável e estaria fadado ao insucesso. A proposta de Alexy estabelece uma ordem branda de prioridades *prima facie* (1997, p. 552).

O sistema do direito constitucional de conflitos deve ser construído com base na harmonização dos direitos, no sopesamento da relatividade do peso dos princípios, e tal peso não é determinado em si mesmos ou absolutamente, sendo que sempre se poderá falar tão somente de pesos relativos, *direitos prima facie e não definitivos*, dependentes sempre da ponderação no caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

O sistema de estrutura de ponderações proposto para resolução de colisão de princípios constrói uma relação de condições de prioridade, ou seja, uma *relação de precedência condicionada – lei da colisão* – condições sobre as quais um princípio precede a outro. A relação de precedência não estabelece uma posição hierárquica absoluta ou o peso superior de um princípio frente ao outro, mas apenas estabelece as condições, no caso concreto, em que essa precedência se justifica, consubstanciando-se em *razões suficientes* que justificam e fundamentam a tomada de decisão. Trata-se de um processo racional de ponderação que se operacionaliza por meio da *máxima da proporcionalidade* (ALEXY, 1997, p. 94-96).

Desta forma, os princípios como *mandatos de otimização*, relacionados às possibilidades fáticas e jurídicas, implicam na regra da proporcionalidade, desdobrada em três sub-regras, ou seja, em três etapas da verificação da proporcionalidade: i) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; ii) da *necessidade ou exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atendimento dos fins visados; iii) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou seja, ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará no crivo da proporcionalidade, se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas (GUERRA FILHO, 2003, p. 68-71).

As sub-regras da adequação e da necessidade consideram que os princípios são normas que ordenam que algo deva realizar-se na maior medida fática possível. São aplicadas, portanto, para verificação das possibilidades fáticas. Mas é com relação às possibilidades jurídicas, quando a aplicação de otimização corresponde à regra da proporcionalidade em sentido estrito (terceira sub-regra), que se manifesta fortemente a “lei da ponderação”, proposta por Alexy (1997, p. 161).

Na verdade, quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. Assim, o mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, pois estabelece um *postulado de paridade* entre a gravidade da intervenção em um princípio e o peso dos fundamentos para tal intervenção, ou seja, os fundamentos jurídicos para uma intervenção têm que ser tanto mais fortes quanto mais intensa seja a intervenção.

A lei da ponderação submete o processo de ponderação das possibilidades jurídicas a três fases: “na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase, então, a ponderação no sentido estrito e próprio” (ALEXY, 1999, p. 78).

Conforme Guerra Filho (2003, p. 80), a aplicação da regra da proporcionalidade “favorece a proteção e a satisfação equitativa de interesses contrapostos, sejam individuais, de toda uma sociedade política ou, no caso, de apenas uma parte dela, uma coletividade”; e sem a sua utilização não há como se conceber a realização “de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”.

Com efeito, a regra da proporcionalidade oferece a busca de uma “*solução de compromisso*, na qual se respeita mais em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo, o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu *núcleo essencial*” (2003, p. 61).

Releva destacar, entretanto, que, segundo Alexy (1994), a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito demonstra como argumentar quando somente se pode cumprir um princípio à custa de outro. Mas a regra somente oferece a direção do argumento, não prescrevendo nenhum resultado, uma vez que não se trata de um método que permita alcançar uma solução definitiva para cada caso difícil.

Nesse sentido, a presente reflexão sobre o Princípio Protetor no ordenamento jurídico trabalhista nos leva à afirmação de que possui força vinculativa jurídica ampla em forma de juridicidade. Entretanto, é importante destacar que a Constituição brasileira, que reconhece numerosos direitos fundamentais generosamente formulados, pode sofrer uma forte pressão em declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente, simplesmente como não vinculativas e, portanto, como meros princípios programáticos. Nessa temática, “a teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível”, uma vez que declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que exigem, na colisão com outros princípios, um processo de ponderação (PADILHA, 2006, p. 124).

5 – O PRINCÍPIO PROTETOR NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS

A proposta do presente estudo, na análise do Princípio Protetor sob o prisma da Teoria dos Princípios, muito embora pareça, à primeira vista, admitir sua relativização, uma vez que autoriza a leitura da norma principiológica enquanto “mandato de otimização”, o que destaca o peso relativo dos princípios, na verdade, tal releitura principiológica, busca esclarecer a questão decisiva sobre em quais condições o Princípio Protetor possui precedência com os princípios com ele colidentes, uma vez que o processo de harmonização de tais princípios se faz pelo procedimento racional da ponderação aplicado ao caso concreto, e diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que obriga a consideração do valor moral inserido no princípio e limita sua restrição.

De acordo com o procedimento da ponderação, cujo critério é o princípio da proporcionalidade, somente condições fáticas muito fortes podem autorizar a relativização de um princípio colidente em prol de outro. Assim, mesmo diante de profundas reestruturações do mercado de trabalho globalizado, que potencializam a tensão de valores que estão em rota de colisão dentro do campo normativo do contrato de trabalho, a análise da colisão desses valores, sob a ótica da teoria dos princípios, enquanto um procedimento racional de decisão judicial, representa um aprofundamento do olhar jurídico da questão, um amadurecimento da análise desse contexto, sem desconsiderar como inexistentes o peso dos valores colidentes, como os que embasam, justificam e sustentam a proteção do trabalhador na relação de trabalho.

É preciso descodificar a tensão da colisão em um procedimento adequado, para aplicar a ponderação por meio de critérios racionais e posicionar a decisão judicial sob embasamento adequado e proporcional.

A aplicação da teoria dos princípios, enquanto uma proposta da nova hermenêutica constitucional, aos casos difíceis que impliquem a colisão do Princípio Protetor do empregado, com princípios colidentes, traz importantes esclarecimentos a respeito dos limites insuperáveis de restrição aos direitos fundamentais representado por tal norma principiológica, permitindo a utilização pelo julgador do instrumento proposto pelo processo de ponderação, qual seja, o “princípio da proporcionalidade”, em suas três etapas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que representam um critério racional de limitação à discricionariedade⁷.

A teoria dos princípios aplicada sob o Princípio Protetor possui não só consistência teórica, mas se traduz em grande mecanismo de auxílio à decisão judicial, uma vez que, embora na qualidade de “mandato de otimização” possa tal princípio sofrer restrições quando em colisão com princípios colidentes, possui um *limite intransponível* cuja afetação determina sua desproporcionalidade, qual seja, o da *dignidade do trabalhador*, núcleo essencial do Princípio Protetor e barreira intransponível para os valores econômicos.

Ingo Sarlet explica que “nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto de restrição”, e que o “conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais”. Portanto tal conteúdo em dignidade da pessoa humana, em cada direito fundamental, encontra-se imune à restrição (2002, p. 120-121).

Nesse sentido esclarece Cinthia Maria da Fonseca Espada que “o princípio protetor do empregado tem, em seu núcleo, um conteúdo em dignidade da pessoa humana. Portanto, mencionar o princípio da proteção sempre implica a referência, ainda que de forma subjacente, da dignidade da pessoa humana que trabalha” (2008, p. 108).

Verifica-se que a exigência de sopesamento entre princípios colidentes se faz por meio de um procedimento racional de ponderação, cujo método é o princípio da proporcionalidade aplicado diante das circunstâncias do caso concreto. Portanto, na interpretação de “casos difíceis” que envolvam o confronto do princípio protetor com princípios colidentes, tal procedimento resulta por reafirmar a *adequação* de sua aplicação em casos concretos, cujas circunstâncias

7 Vide a respeito do tema a obra “O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana”, de autoria de Cinthia Maria da Fonseca Espada, São Paulo: LTr, 2008, (dissertação de mestrado defendida no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; orientação: Prof. Dra. Norma Sueli Padilha)

específicas demonstrem a sua real *necessidade*, de acordo com as condições fáticas e jurídicas evidenciadas.

A relação de precedência condicionada revelada na análise do caso concreto comporá o conjunto de elementos das “razões suficientes” que autorizam uma intervenção que restrinja o princípio colidente, no menor grau possível, no intuito de tutelar a dignidade da pessoa do trabalhador.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, em tais casos de confrontos de princípios, que coloquem em rota de colisão os parâmetros basilares do Princípio Protetor, na verdade, procede uma verificação de sua adequação e necessidade em um determinado caso concreto.

Ressaltando-se que, mesmo ao se admitir o processo de ponderação, de acordo com a “lei da colisão”, na interpretação de casos de colisão que confrontem o Princípio Protetor, tal hipótese jamais permitirá uma restrição grave ao núcleo essencial do princípio protetor – a dignidade da pessoa do trabalhador – que funciona como uma barreira intransponível, restando claro, no resultado do procedimento, o nível e o grau da possibilidade de restrições ao princípio, quando necessário e adequado, sempre com base na proporcionalidade em sentido estrito.

O procedimento racional em questão permite uma leitura de como isso deve ocorrer, usando critérios de otimização, para que não se dê o descumprimento generalizado do “princípio da proteção” quanto em colisão com outros valores, principalmente quando tais valores colidentes estão baseados em fortes argumentos apregoados pelas forças políticas e econômicas.

Pode-se analisar nesse contexto, por exemplo, quais seriam as *razões suficientes* e a *relação de precedência condicionada* que utilizou o C. Tribunal Superior do Trabalho na decisão de editar as Súmulas ns. 369 (IV) e 339 (II). Tais Súmulas restringiram a proteção do trabalhador na qualidade de dirigente sindical ou cipeiro, uma vez que autorizaram a perda da estabilidade provisória, portanto, da garantia da continuidade de emprego, quando se dá a extinção da atividade empresarial. Para o TST, a ocorrência de tal circunstância no caso concreto – o fim das atividades da empresa – consubstancia-se em *razões suficientes* para que se justifique uma restrição à proteção devida a tais trabalhadores, prevalecendo, portanto, as razões econômicas, que, no caso, autorizam

a restrição e não ferem o núcleo essencial do princípio protetor (a dignidade da pessoa do trabalhador)⁸.

6 – OS FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS DO DIREITO DO TRABALHO E A COLISÃO DE VALORES FRENTE À SÚMULA Nº 331 DO TST: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

O auxílio da nova hermenêutica constitucional aplicada aos casos difíceis de colisão de valores inseridos no direito constitucional de conflitos vem contribuir para a construção de uma base de harmonização de direitos, impondo um dever de concretização dos princípios, que diante de seu conteúdo dinâmico podem ser objeto de restrições, as quais devem ser sopesadas e ponderadas por meio da máxima da proporcionalidade.

A aplicação prática da teoria dos princípios na colisão de valores que impliquem a restrição ao Princípio Protetor, que mesmo enquanto parâmetro fundamental do ordenamento jurídico trabalhista implica também um *mandato de otimização*, significa admitir seu cumprimento em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo a medida de seu cumprimento definida pelo sopesamento com princípios opostos por meio de um processo de ponderação que fixe o peso relativo dos princípios colidentes no caso concreto, sempre com vistas a impedir o ataque ou aniquilamento de seu núcleo essencial, barreira intransponível para qualquer restrição.

Nesse sentido, parece-nos oportuna a análise de um caso concreto, passível de identificação como um “caso difícil”, na busca da elucidação do procedimento racional de ponderação que deve guiar a decisão judicial na resolução de uma de colisão de princípios concorrentes, principalmente quando o que está em jogo é o próprio “eixo fundamental” da legislação laboral de proteção ao trabalhador.

Para tanto, a análise proposta se alicerça em um caso judicial emblemático, que envolve o debate em torno do *fenômeno da terceirização* de mão de obra, que enquanto fato econômico irrefutável, por si só, revela a alta complexidade e dificuldade da análise jurídica de sua possibilidade nas relações de trabalho,

8 Súmula nº 369, IV, do TST: “Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade”.

Súmula nº 339, II, do TST: “A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilizado”.

posto que se coloca em rota de colisão com os fundamentos principiológicos do Direito do Trabalho, tornando os inúmeros processos que abarrotam os Tribunais trabalhistas casos judiciais difíceis, que impõem aos julgadores uma análise ampla, que revele a colisão de valores no caso concreto e que se apoie nos mecanismos da nova hermenêutica constitucional, consoante ponderação *a priori* estabelecida na Súmula nº 331 do C. TST⁹.

Neste sentido, pretende-se fazer tal reflexão sob o prisma de *identidade com os mecanismos da nova hermenêutica constitucional*, de importante decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho, proferida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, e que se tornou precedente judicial referido aos limites da terceirização da atividade-fim e contrariedade à Súmula nº 331 do TST, cuja ementa é a seguinte:

“RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM. EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes a já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer

9 O fenômeno da terceirização possui tamanha dimensão nos julgamentos que abarrotam a Justiça do Trabalho que provocou a designação da primeira Audiência Pública na história do Tribunal Superior do Trabalho, que ocorreu na sede do TST, em Brasília, nos dias 4 e 5 de outubro de 2011. Foram dois dias de audiência sobre a terceirização de mão de obra, considerado atualmente o tema mais polêmico nas relações de trabalho no mundo moderno. A proposta de realização da Audiência Pública partiu do Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do TST, e, para tanto, foi preciso alterar o Regimento Interno da casa. Foram ouvidos 50 expositores, escolhidos por sua experiência e autoridade na matéria, que debateram tópicos relacionados à terceirização no setor bancário, de energia elétrica, de telecomunicações, de tecnologia da informação, dentre outros, e principalmente do critério da atividade-fim do tomador de serviços, adotado pelo TST, para declarar a licitude ou não da terceirização por meio da Súmula nº 331. Vide <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.html>. Acesso em: 20.10.2011.

que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, *viesses derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista*, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (Processo nº TST-E-RR-586.341/99.4, redator designado Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho)¹⁰

A ementa do acórdão em análise, ao destacar que “a legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, e o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana”, impõe de forma incisiva, no caso em julgamento, um limite à possibilidade de restrição aos fundamentos principiológicos que regem o Direito do Trabalho, destacando a importância e intangibilidade do núcleo essencial do Princípio Protetor. E para a proteção de tais valores, a SDI-1 do C. TST utiliza os mecanismos da nova hermenêutica constitucional por meio da adoção da proporcionalidade ao caso concreto, uma vez que procura compatibilizar os princípios da *valorização do trabalho humano* e da *livre-concorrência* na busca do equilíbrio da relação entre o capital e o trabalho.

O caso concreto em análise refere-se a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em que se pretendeu, dentre outros provimentos judiciais relativos ao cumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, que a empresa se abstinhasse de terceirizar sua atividade-fim, tal como a construção e reforma de redes de energia elétrica, manutenção de emergência em redes de energia elétrica, serviços técnicos comerciais e manutenção em redes energizadas e desenergizadas.

10 Processo: E-RR – 586.341/99.4. Data de Julgamento: 28.05.09, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 16.10.09. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-E-RR – 586341-05.1999.5.18.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAvLyAAI&dataPublicacao=16/10/2009&query=RR 586341/1999.4>>. Acesso em: 15.08.2011.

O Tribunal Regional confirmou a decisão de primeiro grau, que julgara procedente apenas parte dos pedidos relativos às medidas de segurança do trabalho, indeferindo a pretensão do Ministério Público do Trabalho de impedir a terceirização na área finalística da empresa.

A questão jurídica em tela foi alçada à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de Embargos em Recurso de Revista em que é Embargante o Ministério Público do Trabalho da 18ª Região e Embargada Centrais Elétricas de Goiás S/A – CELG, que se refere ao próprio conteúdo da ação civil pública, interposta com o fim não somente de determinar a observância de normas de medicina e segurança do trabalho como também a abstenção de contratação de empregados para a realização de atividade-fim¹¹.

6.1 – Caso difícil – terceirização de mão de obra – colisão de princípios – aplicação dos mecanismos – nova hermenêutica constitucional

Conforme consta do próprio acórdão de lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, Redator Designado, pode-se afirmar a identificação no caso analisado de um “caso difícil”, na medida em que se identificou metodologicamente a denominada “lacuna de colisão”¹² *entre valores e princípios dentro do ordenamento*, o que provoca a necessidade de se delinear os fundamentos que virão da exclusão, na hipótese concreta, de uma ou de outra dessas normas¹³.

Outro aspecto que identifica o caso em tela como um “caso difícil” é também revelado pelo próprio acórdão quando denuncia que “além da controvérsia jurídica, a decisão do TST teve que ponderar também sobre os aspectos de natureza econômica e social, tendo como pano de fundo a nova realidade do mundo globalizado, que demanda a especialização no meio produtivo”. Refere-

11 A 4ª Turma do TST não havia conhecido do recurso de revista do Ministério Público, com fulcro na Súmula nº 331, item III, e, também, no Verbete Sumular nº 126, ambos do Tribunal Superior do Trabalho, óbice processual que foi superado em sede de embargos, para enfrentamento do mérito relativo à possibilidade de terceirização da atividade-fim da empresa.

12 *Lacunas de colisão enquanto contradição de valores que não se deixam resolver, de modo algum, com recurso à lógica. Segundo as palavras de Claus-Wilhelm Canaris, “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3. ed., 2002, fls. 218-224, cf. citado no acórdão.*

13 Como bem acentuado no acórdão, enquanto a Consolidação das Leis do Trabalho busca a valorização do trabalho humano e a proteção da figura hipossuficiente do trabalhador, no plano administrativo a busca da eficiência e efetividade dos serviços públicos centralizados ou descentralizados visa ao implemento das atividades do Estado em benefício do cidadão.

se o acórdão, ainda, que: “a controvérsia levada a efeito no caso concreto em análise é extremamente complexa na seara trabalhista, em face da delimitação do que vem a ser, na terceirização, atividade-fim e atividade-meio, e do alcance das expressões utilizadas pelo legislador ordinário ao se reportar a serviços inerentes e serviços acessórios e suas implicações com a legislação trabalhista”.

Portanto, o caso concreto em tela não se refere a mera colisão de regras jurídicas que se resolveriam pela aplicação dos mecanismos da hermenêutica tradicional, pois uma vez detectada uma *colisão entre valores e princípios dentro de sistema*, o julgamento passa a exigir a utilização dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional e a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

Destaque-se que o fenômeno da terceirização não se encontra delineado na legislação laboral, mas é fruto da construção jurisprudencial que resultou na *Súmula nº 331 do TST*. Nesse sentido, o próprio acórdão reconhece que a edição de tal Súmula “trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País”, já que “compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho”.

Entretanto, a matéria sumulada não resolve a dificuldade da discussão do caráter genérico do conceito “atividade-meio”, que foi inserida no ordenamento através da jurisprudência como conceito jurídico indeterminado¹⁴.

Diante de tais características denunciadoras das especificidades de um julgamento referido a tal “caso difícil”, o r. acórdão muito lucidamente esclarece que tais circunstâncias realçam o *papel da norma jurídica*¹⁵, pois há problemas jurídicos cuja solução não se resolve no “relato abstrato do texto normativo”, mas que em tais casos “só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”. Realça o r. acórdão, também, a importância e destaque do *papel do juiz*, em tais casos difíceis, uma vez que deve tornar-se “coparticipante do processo de

14 A convocação da primeira Audiência Pública da história do TST, para o debate das inúmeras questões relacionadas ao tema da terceirização, denota não apenas o grande número de ações trabalhistas em trâmite perante a JT, mas a preocupação com a repercussão das decisões judiciais a respeito do tema, e de seus notórios impactos econômicos e sociais, o que impõe a necessidade de fortalecimento dos parâmetros principiológicos sobre os quais devem se fundamentar.

15 Vide BARROSO, Luís Roberto: Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213), citado no acórdão.

criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

6.2 – Raciocínio jurídico da decisão de origem e a hermenêutica tradicional

No processo de origem, a ocorrência efetiva de terceirização de atividade-fim foi fato incontroverso nos autos, na medida em que não foi sequer negado pela empresa, e, por outro lado, a sentença de origem não só admite tal possibilidade como fundamenta sua decisão na ausência de regras legislativas que proibam a terceirização, conforme o seguinte raciocínio:

“Do ponto de vista do Direito do Trabalho, inexistente, na ordem jurídica pátria, vedação à prestação de atividades por uma empresa em favor de outra, quer na área meio, quer na área fim, desde que, evidentemente, tal expediente seja utilizado de forma legítima, sem o intuito de mascarar a *marchandage* ou de, por qualquer modo, fraudar a legislação do trabalho.”

A decisão de origem afirma que, como no caso se trata de empresas públicas, a “terceirização mostra-se, muitas vezes, indispensável à realização de atividades, visto que a própria admissão de empregados, por razões sumamente relevantes ligadas à moralidade, legalidade e impessoalidade administrativas, exige a realização de concurso público”, embora tal posicionamento não signifique que se está “condenando a rigidez legislativa trabalhista ou a exigência de concurso para acesso aos empregos públicos”. Desta forma, pretendeu tal decisão realizar um raciocínio no caso concreto de sopesamento entre o choque de forças e interesses sociais, de um lado, e os interesses econômicos de outro, chegando ao seguinte resultado:

“As forças e interesses sociais e econômicos, que refletem diretamente na qualidade de vida das pessoas, encontram-se numa relação de constante tensão, a exigir do legislador e do aplicador do direito uma precisão cirúrgica em suas intervenções, para que não se rompa o precário equilíbrio que sustenta aqueles dois vetores fundamentais da vida social e se garanta que sua resultante seja direcionada à preservação e ampliação do nível de bem-estar já alcançado, sem comprometimento do nível de atividade econômica, através da qual é gerada a riqueza que irá propiciar aquele bem-estar.”

Verifica-se que, com o auxílio dos mecanismos da *hermenêutica tradicional*, a decisão em comento não encontrou a regra legislativa aplicável ao caso

concreto e concluiu pela ausência de proibição de terceirização de atividade-fim pela legislação trabalhista, e, no caso, por se tratar de empresa pública, fundamentou a autorização em norma administrativa, razão pela qual desconsiderou os limites do enunciado da Súmula nº 331 do C. TST, especialmente em seu item III, pois afirmou que a “aparente proibição emergente, *a contrario sensu*, revela-se menos uma vedação que uma afirmação da possibilidade de terceirização”, assim baseia a fundamentação da decisão em norma administrativa permissiva, qual seja, a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, na ausência de legislação trabalhista sobre o tema.

Ocorre que tal raciocínio jurídico da sentença de origem foi confirmado pela decisão da v. decisão regional, compartilhando o E. TRT com o d. julgador *a quo*, por meio dos seguintes fundamentos:

“A tradição do Direito Trabalhista é repudiar o atravessamento ilegal da mão de obra e, quais níveis profissionais ou atividades econômicas, pois a prática da *marchandage* sempre foi vista como prejudicial ao obreiro.

Entretanto, aqui, no caso, a requerida desenvolve atividades ao longo de todo Estado e nos mais variados setores. Usar a prestação de serviço terceirizado é uma forma de atender melhor e mais eficientemente a sociedade consumidora urbana e rural, fato esse que não passa despercebido aos olhos goianos, pois, nos mais longínquos pontos que haja pessoas, estas estão sendo beneficiadas por energia elétrica levada pela requerida.” (grifei)

A primeira vista pode parecer que o raciocínio jurídico usado na fundamentação da decisão do E. Tribunal Regional se aproxime de um procedimento sumário de ponderação, na medida em que a decisão conclui que a relação de tensão entre os interesses sociais e econômicos conflitantes no caso deve garantir “que sua resultante seja direcionada à preservação e ampliação do nível de bem-estar já alcançado, sem comprometimento do nível de atividade econômica, através da qual é gerada a riqueza que irá propiciar aquele bem-estar”, bem como que a “prestação de serviço terceirizado é uma forma de atender melhor e mais eficientemente a sociedade consumidora urbana e rural”, o que levou a conclusão do C. TRT pela adequação da terceirização no caso em tela, conforme ainda sustenta o julgado:

“Assim, vejo o fator terceirização como uma forma de equilibrar os interesses sociais, que é o dever precípua do Estado, com os interesses

econômicos, os quais terão mais abrangência nas atividades prestadas pela requerida. *E sendo necessária a contratação de empresas especializadas na mão de obra usada pela requerida onde não haja diretamente uma dependência hierárquica do empregado com esta, a relação direta passa a ser com a atividade-meio, situação esta que vem agilizar, flexibilizar e agregar competitividade ao negócio prestado ou que se propõe a prestar, pois a mobilização inteligente e dentro dos parâmetros legais refletirá, sem dúvida, diretamente na produção e na produtividade.*” (grifei)

Desta forma, mantenho a decisão *a quo* quanto ao indeferimento do pedido de condenação da requerida em abster-se da prática de terceirização para execução de serviços aqui ventilados nos autos.”

Entretanto, sob a perspectiva da presente análise, quando o julgado do E. Tribunal Regional, na ausência de proibição de legislação trabalhista específica, convenceu-se que tanto a atividade-meio como a atividade-fim podem ser objeto de terceirização, utilizou-se aparente e basicamente de um critério gramatical como o único, suficiente e adequado à solução da questão trazida a juízo. E embora se trate a terceirização de instituto próprio do Direito do Trabalho, resolveu a questão na leitura do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, independentemente dos princípios do ordenamento jurídico trabalhista, legalizando administrativamente a terceirização, e como bem acentua o acórdão do C. TST, “em detrimento, outrossim, do critério interpretativo histórico, cuja observância faz remontar à construção histórico-sociológica da legislação do trabalho ao longo dos tempos, mediante a implementação de sucessivas lutas sociais”.

Por outro lado, a não utilização em tal “caso difícil” dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional oferece o risco de não se enfrentar adequadamente as consequências do resultado de tal decisão em todo o sistema de valores e princípios que compõem o ordenamento jurídico laboral, seus conceitos e institutos.

6.3 – Raciocínio jurídico da decisão do c. TST e a nova hermenêutica constitucional

Verifica-se no lúcido acórdão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho a profundidade da análise do caso concreto sob todas as suas perspectivas, por meio de um raciocínio jurídico submetido a um procedimento discursivo capaz de dotar a decisão adequada de um critério racional, principalmente ao denotar que o caso em análise refere-se

a uma *colisão de* “princípios e valores dentro do sistema”, matéria que o mero auxílio à hermenêutica tradicional não resolve de forma adequada e abrangente. E tampouco os critérios clássicos para solução de conflitos normativos, pois, pelo critério da especificidade (lei especial prevalece sobre a geral), a norma trabalhista não afasta a incidência, na sua esfera de atuação, da generalidade da norma que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Como bem acentua o acórdão, a seara trabalhista e a administrativa “são normativos distintos que regulam espécies distintas, em planos de eficácia distintos, dentro de um mesmo ordenamento jurídico”. Portanto, a dimensão do conflito a que se refere o caso em discussão encerra “contradições de valores ou princípios dentro de um mesmo ordenamento”, e admitir a supremacia da norma geral administrativa sobre o ordenamento especial trabalhista seria permitir o aniquilamento da legislação social em seus preceitos cogentes e seu instituto fundamental, ou seja, o conceito de empregado e empregador, acabando com a relação bilateral, “haja vista que para a consecução das atividades primárias do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral”.

A decisão em comento apercebeu-se da gravidade em admitir-se tal raciocínio jurídico na análise do caso em conflito, cujo resultado representaria uma restrição inadmissível ao sistema jurídico de proteção do trabalhador, atingindo o núcleo central, o limite intransponível cuja afetação determina a sua desproporcionalidade – a dignidade da pessoa humana – que é, segundo o acórdão, a própria “razão de ser do direito e de suas atuais transformações e quebra de paradigmas conceituais ortodoxos de vetustos institutos”, destacando com absoluta clareza e discernimento que:

“A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes a já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.”

Segundo a análise em tela, a decisão da SDI-1 lucidamente denota que admitir-se a decisão conforme julgada pelo E. Regional seria permitir uma restrição inadmissível ao “postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho que é a definição do contrato individual de trabalho”, de onde “emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado”, e seria um permissivo a atingir a própria relação de

emprego que “constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho”.

Fosse mantida a decisão do E. Regional, alicerçada segundo a ótica da presente análise, sobre metodologia de argumentação jurídica da hermenêutica tradicional, traria como resultado permitir-se que “a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT”.

Destaca a decisão da SDI-1 do C. TST, no caso em tela, que “a terceirização na esfera finalística das empresas, além de atritar com o eixo fundamental da legislação trabalhista”, traria como consequência outras situações, tais como os efeitos no campo da organização sindical e da negociação coletiva, que, segundo a presente análise, se apresentam como “razões suficientes” para não se admitir a prevalência da decisão regional.

“O caso dos autos é emblemático, na medida em que a empresa reclamada, atuante no setor de energia elétrica, estaria autorizada a terceirizar todas as suas atividades, quer na área fim, quer na área meio. Nessa hipótese, pergunta-se: a CELG, apesar de beneficiária final dos serviços prestados, ficaria totalmente protegida e isenta do cumprimento das normas coletivas pactuadas, por não mais responder pelas obrigações trabalhistas dos empregados vinculados aos intermediários? Não resta dúvida de que a consequência desse processo seria, naturalmente, o enfraquecimento da categoria profissional dos eletricitários, diante da pulverização das atividades ligadas ao setor elétrico e da consequente multiplicação do número de empregadores.”

Resta evidenciado, ainda, na ótica da presente análise, que embora a decisão em tela não venha a impedir que a Justiça do Trabalho continue a analisar, caso a caso, o processo econômico de terceirização das atividades-meio das empresas, o raciocínio jurídico ora utilizado pelos julgadores de tal “caso difícil”, que se valeu de mecanismos da nova hermenêutica constitucional, contribui de forma magistral para a criação de uma “relação de precedência condicionada”, que poderá servir de apoio em casos futuros, para fixar as “razões suficientes” que servem de limite intransponível para excluir do âmbito da descentralização produtiva as atividades assim consideradas essenciais ou atividades-fim.

DOCTRINA

Ao vedar a execução, pelas empresas interpostas, do desenvolvimento de atividades-fim da reclamada, conforme a pretensão inicial do Ministério Público do Trabalho de impedir a terceirização na área finalística da empresa, o C. TST o fez “em observância aos preceitos fundamentais da ordem jurídica trabalhista” e, diante da colisão de valores e princípios a serem preservados no caso concreto, a decisão definitiva favoreceu a prevalência dos princípios que alicerçam o sistema protetivo laboral.

Oportuno de comentar, ainda, o papel de destaque na questão com referência à Sumula nº 331 do TST, que como precedente jurisprudencial já realizou um processo de ponderação entre os princípios conflitantes da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência. Na verdade, os julgamentos de casos concretos análogos devem levar em consideração o procedimento de *compatibilização entre princípios conflitantes*, já efetuado *a priori* pela matéria sumulada. No caso em tela, a decisão reconheceu e afirmou essa ponderação como precedente válido e um marco teórico e jurisprudencial para o desvendamento do fenômeno da terceirização, que “guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas”.

No caso em julgamento, o grau de restrição ao Princípio Protetor determinado pela decisão reformada era inadmissível – atingiria o núcleo essencial da proteção do sistema jurídico laboral.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se destacar, na presente reflexão, que os casos judiciais difíceis, decorrentes de conflitos que encerram contradições de valores ou princípios dentro do ordenamento, exigem a aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional, pois o apoio da hermenêutica tradicional oferece o risco de não se enfrentar adequadamente as consequências do resultado de tal decisão, pois não se presta a harmonização de princípios colidentes.

A aplicação da teoria dos princípios, ao raciocínio jurídico na análise de colisão de princípios e valores dentro do sistema, propicia a utilização de um procedimento discursivo capaz de dotar a decisão de um critério racional, pois é exatamente nessa situação de alta conflituosidade entre princípios que a regra da proporcionalidade demonstra sua grande valia e importância, na medida em que representa o procedimento adequado para a melhor solução possível ao conflito, determinando uma *otimização* que obriga que se acate, prioritariamente, um princípio, atingindo o outro o minimamente possível.

Assim é que a concretização do Princípio Protetor, enquanto norma principiológica que expressa um valor moral que deve continuar sendo levada a sério – a dignidade do trabalho humano –, mesmo sob toda a pressão que lhe é imposta nas atuais contingências do mercado econômico globalizado, necessita para sua real efetividade da aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional.

Mesmo diante de fenômenos como o da terceirização, que atinge de forma tão abrupta as relações de trabalho, gerando profundas reestruturações do mercado de trabalho globalizado, que potencializam a tensão de valores que estão em rota de colisão dentro do campo normativo do contrato de trabalho, a análise da colisão desses valores, sob a ótica da teoria dos princípios, enquanto um procedimento racional de decisão judicial, representa um aprofundamento do olhar jurídico da questão, um amadurecimento da análise desse contexto, sem desconsiderar como inexistentes o peso dos valores colidentes com os que embasam, justificam e sustentam a proteção do trabalhador na relação de trabalho. É preciso decodificar a tensão da colisão em um procedimento adequado, para aplicar a ponderação por meio de critérios racionais e posicionar a decisão judicial sob embasamento adequado e proporcional.

Nesse sentido, por meio da análise do caso judicial enfrentada no presente artigo, pode-se afirmar que no enunciado da Súmula nº 331 do TST já há uma “relação de precedência condicionada” a exigir a prevalência da solução apresentada pela súmula – proibição de terceirização em atividade-fim – na resolução de colisões de princípios nas mesmas condições fáticas e jurídicas, pois a admissão da terceirização neste tipo de atividade atinge, de forma desproporcional, o sistema jurídico de proteção ao trabalhador e sua base principiológica.

O critério estabelecido pela Súmula nº 331 do TST para enfrentar o conflito gerado nas relações trabalhistas pelo fenômeno da terceirização de mão de obra fornece parâmetros seguros para facilitar a decisão jurídica em casos judiciais difíceis. Critérios que confrontados com os fatos concretos balizam um procedimento de ponderação adequado para a busca de decisões aceitáveis, equitativas e razoáveis.

No atual sistema constitucional de conflitos é preciso utilizar-se de mecanismos de apoio à decisão judicial nos casos difíceis na seara trabalhista, principalmente nos que se referem à colisão do princípio protetor com princípios colidentes, e que sejam aptos a impor a consideração do valor moral inserido no princípio e esclareçam, no caso concreto, os limites insuperáveis de restrição, portanto, intransponíveis, cuja afetação determina a desproporcionalidade da

restrição imposta, qual seja, o da *dignidade do trabalhador*, núcleo essencial do Princípio Protetor e barreira intransponível para os valores econômicos.

A reflexão ora proposta pretendeu resgatar a verdadeira função do Princípio Protetor, enquanto norma principiológica que ordena sua aplicação na defesa do primado dos valores morais que sempre embasaram o Direito do Trabalho desde sua origem, e que estão acima dos valores econômicos, pois na verdade, o perigo não está centrado na atual crise que se imputa ao Princípio Protetor, mas principalmente em se desqualificar a sua função no ordenamento jurídico trabalhista, atingindo a razão de ser do próprio Direito do Trabalho. O perigo está na perda da confiança, seja no singular e extraordinário paradigma teórico e normativo, que é o sistema de proteção dos direitos humanos da pessoa do trabalhador em sua relação de trabalho, seja no desempenho de sua função tutelar primordial de promover a igualdade e dignidade daquele que trabalha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. In: *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, oct. 1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Entrevista a Robert Alexy*. Doxa, n. 24, 2001. Disponível em: <http://www.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 10 set. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do Direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOUTRINA

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2010.

_____. “O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional”. In: NAHAS, Thereza (Coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2009.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RELAÇÃO DE EMPREGO: O MESMO E NOVO CONCEITO

Paulo Merçon*

Ontem choveu no futuro.

(Manoel de Barros)

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é produto da sociedade industrial¹. Desponta como ramo jurídico especial no século XIX, na Europa, quando se assenta a *grande indústria* e encorpa a imagem e semelhança da fábrica².

O modelo clássico de interação capital/trabalho, oriundo da indústria, supõe o controle direto, pelo empregador, do modo de realização da prestação.

Nas últimas décadas, a produção urbana passa a transcender a fábrica. Os serviços e o conhecimento contêm ainda mais valor que a mercadoria palpável.

Se o capitalismo primitivo dispersava a produção em unidades familiares, a Revolução Industrial concentrou a produção na fábrica. Na pós-modernidade, passado e presente misturam-se ao futuro. Produção a distância ou na linha de montagem, trabalho braçal e imaterial, *software*, *marketing* e mercadoria interagem de modo cada vez mais produtivo.

A sociedade pós-industrial encontra-se em formação, e o eixo são as economias dominantes mas países emergentes, como o Brasil, já sentem seus respingos no mundo do trabalho. Entretanto, se o sistema tende a germinar espécies não empregatícias de relação de trabalho, em sua maior parte as “novas modalidades de trabalho” não passam de variações, ou inovações, da forma hegemônica de inserção do trabalhador no modo de produção capitalista: a relação de emprego.

* Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Divinópolis (MG); mestre em Direito pela PUC Minas.

1 Olea (1984, p. 203) anota que a denominação primitiva do Direito do Trabalho é *direito das fábricas*. Outros registros falam em *direito operário*.

2 A expressão é de Márcio Túlio Viana (2005, p. 261) referindo-se à indústria fordista, que moldou, já no século XX, “uma fábrica cada vez mais concentrada, com seus produtos previsíveis, as suas máquinas grandes e potentes”, em torno das quais agrega um trabalho padronizado e em série.

A doutrina e jurisprudência trabalhista consagram o entendimento que condiciona a existência da relação de emprego ao *elemento subordinação*. Esse dogma vem se revelando, contudo, ineficaz na aferição de certas situações, situadas na fronteira mais crítica entre o trabalho dito subordinado e o autônomo.

Em busca de um marco mais seguro, que resguarde a efetividade da tutela trabalhista em meio às misturas e ambiguidades desses novos tempos, o presente estudo tem por objeto dissecar, no cerne da relação empregatícia, a *causa* da subordinação, *fonte material* da qual ela irradia.

Podemos olhar o Direito do Trabalho como quem lê um mar: uma paisagem inquieta, de águas em constante formação. Ou, ao mergulharmos nessas águas, sob a superfície justralhista, enxergamos o relevo e as texturas de um modo de produção em incessante transformação, mas que guarda uma mesma *substância socioeconômica*, cuja investigação talvez seja preciosa não apenas à aplicação, mas aos próprios rumos do Direito do Trabalho na pós-modernidade.

1 – SUBORDINAÇÃO, CONCEITO EM EXPANSÃO

Subordinação, na acepção original, é a relação de dependência ou submissão entre pessoas, ordem estabelecida entre elas e segundo a qual umas recebem ordens ou incumbências das outras. Os filhos subordinam-se aos pais, os militares a seus superiores³.

O conceito de subordinação jurídico-trabalhista origina-se da jurisprudência francesa do início do século XX, sendo clássica a definição de Paul Colin:

“Por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual se chamou de subordinação jurídica, para opô-la à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção nos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista.”⁴

Tal aspecto de subordinação, no qual o empregador dirige o modo de realização dos serviços prestados pelo empregado, tornou-se preponderante na sociedade industrial não apenas na fábrica, mas nos outros setores da economia, mesmo nas atividades não lucrativas e no âmbito doméstico.

3 Cf. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.626.

4 COLIN apud CATHARINO, 1965, p. 39.

Na doutrina trabalhista, o conceito de subordinação jurídica acabou se sobrepondo às noções de dependência econômica⁵ e dependência técnica⁶. A subordinação, decorrendo de um contrato, nele encontraria seu fundamento e limites. Como salienta Délio Maranhão, diversamente do trabalho forçado, a subordinação não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, “não cria um *status subjectionis*: é, apenas, uma *situação jurídica*”⁷.

Lógica expansionista do Direito do Trabalho

A noção clássica e estrita de subordinação jurídica pode afastar, do campo de incidência do Direito do Trabalho, trabalhadores que necessitam de sua tutela. É o caso dos trabalhadores intelectuais ou detentores de maior *know-how*, e dos trabalhadores em domicílio ou a distância do tomador.

O intérprete pode então se questionar: a obrigação de o empregador remunerar o empregado com um salário-mínimo, a proteção contra a dispensa imotivada e outros direitos fundamentais trabalhistas têm sua razão de ser no fato de o empregado se sujeitar ao cumprimento de horário e ao poder de comando do empregador?⁸

Ao longo do século XX, e até meados da década de 1970, verifica-se uma tendência expansionista no conceito de subordinação e no próprio Direito do Trabalho, que passa a tutelar trabalhadores intelectuais, altos empregados e os trabalhadores em domicílio, dentre outros.

Com base na observação de que a subordinação pode existir em situações nas quais o poder diretivo e o dever de obediência não se exteriorizem, a doutrina europeia constrói uma nova concepção de subordinação, de caráter objetivo.

No Brasil, foi Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quem melhor desenvolveu a doutrina da subordinação objetiva, realçando que, no contrato de trabalho, a

5 Maranhão assinala que pode haver dependência econômica sem que exista contrato de trabalho, citando o exemplo do pequeno industrial ou comerciante cuja empresa dependa, economicamente, de grandes e poderosas organizações. E aduz que “pode inexistir essa dependência, havendo contrato de trabalho: o fato de possuir o empregado, por este ou aquele motivo, renda própria, que o torne, economicamente, ‘independente’ do empregador, não desnatura o vínculo contratual que os liga” (MARANHÃO, 1995, p. 242). No mesmo sentido, a doutrina de Vilhena (1999, p. 469).

6 O critério da dependência técnica é ainda mais criticado pela doutrina. Delgado (2004, p. 304-305) ressalta que, no processo organizativo da moderna empresa, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário mediante instrumentos jurídicos, “o empregador contrata o saber (e seus agentes) exatamente por não possuir controle individual sobre ele”.

7 MARANHÃO, 1995, p. 242.

8 Ver PORTO, 2009, p. 244.

função ou tarefa do empregado integra-se ao giro total da empresa em movimento. A atividade do prestador acopla-se à atividade da empresa:

“Desde que esse acoplamento seja resultante de uma posição anterior de *recíprocas expectativas* que se reiteram, conclui-se que à atividade da empresa é imprescindível a atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração de atividades, o que redundará em uma situação de *dependência*.”⁹

O movimento expansionista e inclusivo do Direito do Trabalho desenvolveu-se não apenas na formulação de novos conceitos, mas pelo fortalecimento de noções antigas, como a *dependência econômica*, a *potencialidade do poder empregatício* e a *assunção dos riscos do empreendimento*, que passaram a ser aplicados pela jurisprudência, junto a outros elementos, através da técnica do “conjunto de indícios”¹⁰.

Tendência reducionista e parassubordinação

Nas últimas décadas, observa-se na sociedade capitalista e no Direito do Trabalho uma inversão da lógica inclusiva, regredindo-se a uma orientação restritiva do conceito de subordinação e de desvalorização dos princípios do Direito do Trabalho. O retrocesso coincide com o fim da *era de ouro* nos países centrais e a ascensão de um novo pensamento liberal.

A redução do conceito de subordinação atinge seu estágio mais crítico na ideia de trabalho parassubordinado.

Em face das novas formas de trabalho, advindas das inovações tecnológicas e da reestruturação produtiva, o legislador de alguns países europeus¹¹ cria um suposto *tertium genus* entre o trabalho autônomo e o subordinado. Trata-se, em tese, de trabalhadores que dependem economicamente do tomador de serviços, mas em cuja prestação não se distinguem, de forma nítida, os traços da subordinação. A legislação daqueles países assegura-lhes então uma proteção trabalhista e previdenciária mitigada.

9 VILHENA, 1999, p. 466.

10 Pelo método do “feixe de indícios”, o juiz procede a uma análise global da relação de trabalho *in concreto* (forma de remuneração, propriedade dos meios de produção, integração do trabalhador na organização empresarial, tipo e intensidade dos controles exercidos, etc.), para então concluir pela configuração ou não da relação de emprego.

11 A figura do trabalhador parassubordinado foi criada na Itália, e adotada de forma analógica em outros países europeus, como a Alemanha (“pessoa semelhante ao trabalhador subordinado”), Inglaterra (“workers”), Portugal (“situações equiparadas”) e Espanha (“trabajadores autónomos económicamente dependentes”).

A pretexto de estender a tutela laboral a trabalhadores desprotegidos, o conceito de parassubordinação na realidade enfraquece o Direito do Trabalho. De um lado, há o sério risco de o operador do direito enquadrar como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam reconhecidos como empregados. Na perspectiva do capitalista, a parassubordinação legitima uma via de fuga do Direito do Trabalho, na medida em que o custo do trabalhador parassubordinado é inferior ao de um empregado.

Com referência ao trabalhador, observa Viana que, em tempos de domínio das aparências sobre as essências, apresentar-se como parassubordinado ganha um aspecto positivo, de alguém que parece avançar em direção à autonomia, à liberdade. São pequenas estratégias do sistema, que seduzem e às vezes pervertem: “remetido a si mesmo, esse trabalhador a meio caminho perde a consciência de classe, privatiza-se enquanto cidadão”¹².

A parassubordinação é uma ideologia associada ao modo de produção pós-industrial, e por isso não repercutiu tanto na realidade brasileira, onde ainda prevalece a indústria fordista. Por aqui, a desregulação da tutela trabalhista se processa de forma mais perversa, pela precarização e informalidade do trabalho.

Doutrina do direito comparado: nova tendência expansionista

Lorena Vasconcelos Porto¹³ aponta uma tendência atual de releitura do conceito de subordinação nos principais países europeus.

Aludindo ao debate que vem sendo travado na Alemanha, acerca da distinção entre empregado e autônomo, a autora destaca a doutrina do professor Rolf Wank, propondo que a subordinação passe a ser caracterizada de forma residual, e, por isso mesmo, mais ampla e abrangente. Ao invés de se distingui-la por elementos inerentes à relação de emprego, a subordinação seria aferida pela inexistência de traços de autonomia na prestação:

“É trabalhador subordinado aquele que, com base em uma relação de Direito Privado, é ocupado sob a dependência alheia, com o respeito das diretivas a ele dirigidas, e encontra-se inserido na organização empresarial alheia, utilizando os meios e instrumentos que foram colocados à sua disposição, e cuja prestação de trabalho se insere na organização da empresa. A sujeição ao poder diretivo subsiste se o trabalhador não tem nenhuma margem de liberdade empresarial, ou se o resultado da prestação

12 VIANA, 2011, p. 29.

13 PORTO, 2009, p. 243-249.

do trabalho não lhe é imputada. Em particular, a liberdade empresarial é ausente se o trabalhador não ocupa outros trabalhadores sob a própria dependência, se não é dotado de uma organização empresarial própria, se não investe capitais próprios na sua atividade e se, em linha de princípio, presta a sua atividade em favor de um único empregador.”¹⁴

Doutrina brasileira recente: subordinação estrutural e integrativa

O conceito de subordinação objetiva, elaborado décadas atrás, não se consolidou na prática forense brasileira. A doutrina costuma atribuir tal insucesso à imprecisão do conceito, que acabaria por abranger o genuíno trabalho autônomo.

A consistência da doutrina lapidada por Vilhena reside, a nosso ver, na ideia de *integração de atividades* – atividade do trabalhador e da empresa. Tal fenômeno não se verifica no trabalho autônomo prestado por pessoa física a empresa. Esse tipo de trabalho, como ressalta o autor, “recai preponderantemente sobre o *resultado* e não sobre a *atividade* em si”¹⁵.

O certo é que nossa jurisprudência guiou-se, nas últimas décadas, em direção inversa à da subordinação objetiva, mirando os critérios clássicos de subordinação, na investigação da existência da relação de emprego.

Por outro lado, parte da doutrina trabalhista vem avançando firmemente em um sentido expansionista do conceito de subordinação.

Delgado, depois de frisar que a readequação conceitual da subordinação visa melhor adaptar este tipo jurídico às características contemporâneas do mercado de trabalho, propõe o conceito de subordinação estrutural, que atenua o enfoque sobre o comando empresarial direto: “estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na *dinâmica* do tomador de seus serviços, independentemente de receber ordens diretas, *mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento*”¹⁶.

No mesmo sentido expansionista, Porto, com o lastro doutrinário do direito comparado, desenvolve seu conceito de subordinação integrativa, que, como ela própria enfatiza, parte da noção de subordinação objetiva:

14 WANK apud PORTO, 2009, p. 246.

15 VILHENA, 1999, p. 482.

16 DELGADO, 2006, p. 667.

“A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originariamente, à organização produtiva alheia para a qual presta a sua atividade.”¹⁷

2 – SUBORDINAÇÃO, EFEITO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A concepção objetiva, estrutural ou integrativa de subordinação configura notável avanço doutrinário, disponibilizando ao operador do Direito do Trabalho valiosa ferramenta, especialmente na análise de casos envolvendo terceirização de atividade essencial do tomador.

Haverá, contudo, relações empregatícias situadas em *zona cinzenta*, onde a subordinação, mesmo em seu conceito mais expandido, poderá não ser identificada com nitidez¹⁸. É o caso de certas modalidades de trabalho intelectual, em domicílio ou a distância¹⁹. São ilustrativas as ementas transcritas a seguir, extraídas das bases jurídicas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, um dos mais respeitados no país na concretização dos direitos trabalhistas:

“TRABALHO A DOMICÍLIO E TRABALHO AUTÔNOMO.

No campo da ciência jurídica existem figuras situadas nas chamadas ‘zonas grises’, cujo enquadramento apresenta-se complexo, ensejando certa dificuldade. É o que frequentemente se dá quando se discute o

17 PORTO, 2009, p. 253.

18 Em reclamação trabalhista que apreciamos (Proc. nº 616-2010-060-03-00-0), um vendedor ambulante pleiteava o reconhecimento de vínculo empregatício com tradicional sorveteria de cidade do interior de Minas Gerais. A sorveteria funcionava em ponto comercial fixo, e disponibilizava dezenas de carrinhos com sua logomarca a ambulantes, mediante contrato de consignação. A prova testemunhal revelou que os trabalhadores vendiam os picolés de acordo com sua iniciativa e conveniência, sem qualquer ingerência da empresa, que apenas estipulava o preço dos picolés. Não havia sujeição a horário, rota ou mínimo de vendas, ou mesmo obrigação de comparecer à sorveteria, exceto para o acerto diário dos picolés vendidos, e a empresa não exigia exclusividade na prestação. Ficou comprovado ainda que, no ano antecedente, o reclamante passara mais de mês com a família em sua cidade natal, e já ficara mais de quinze dias sem comparecer à sorveteria. A prova oral nos fez concluir que o trabalho daquele ambulante, além de não se amoldar aos critérios da subordinação clássica, não se inseria estruturalmente na dinâmica de organização e funcionamento da sorveteria. O acoplamento da atividade daquele vendedor às atividades da empresa tampouco era visível, atuando ele por iniciativa e conveniência própria. Ou seja, mesmo pela concepção objetiva ou estrutural, a prestação não parecia subordinada. O detalhe era que aqueles ambulantes eram todos *meninos de rua*.

19 Cite-se o *teletrabalho*, modalidade especial de trabalho a distância ou no domicílio do trabalhador, com a peculiaridade de ser prestado por meio de aparato tecnológico e de telecomunicação. Esse tipo de trabalho vem se difundindo com a universalização da internet.

enquadramento de trabalhador a domicílio como autônomo ou subordinado. Comprovado, porém, que a reclamante assumia os serviços de ‘descascadeira de alho’ quando quisesse, podendo repassar os trabalhos a terceiro, sem se sujeitar a qualquer sanção disciplinar, não estando sujeita a comparecimento à empresa ou a qualquer outra fiscalização do empregador, a relação jurídica não se enquadra nos moldes do art. 3º da CLT.” (TRT 3ª Região – Proc. 00523/01 RO – 2ª T. – DJMG 28.03.01)

“VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHADOR RURAL AUTÔNOMO. Demonstrado que o autor trabalhou no corte de madeira do reclamado, mas se utilizando de equipamento próprio e custeando as despesas de sua manutenção, com plena liberdade de comparecimento ao serviço e sem qualquer fiscalização ou ingerência do contratante que extrapolasse os limites da subordinação compatível com qualquer contrato de prestação de serviços, a hipótese dos autos é de nítido contrato de empreitada por obra, regido pelo Direito Civil, ou seja, de trabalho autônomo, prestado, para alguém, mas por conta e risco do prestador.” (TRT 3ª Região – Proc. 00100-2008-071-03-00-2 RO – Turma Descentralizada – DJMG 18.12.08)

Não é preciso examinar os autos dos dois processos para se deduzir que, em ambos os casos, o julgamento centrou-se nos critérios da subordinação clássica. Mas, ainda que se invocasse o conceito de subordinação objetiva ou integrativa: o *acoplamento* ou *integração do trabalho nas atividades da empresa*²⁰, mesmo existindo nas duas prestações, talvez não transparecesse de forma perceptível.

Esses casos mais complexos, em que o trabalho parece desprender-se da dinâmica de organização da empresa, mas ao mesmo tempo não é prestado de forma verdadeiramente emancipada, poderão intrincar até o conceito mais abrangente de subordinação – ainda que na realidade a subordinação exista.

Seria então a subordinação o parâmetro mais adequado à avaliação desses casos difíceis, quando em muitos casos ela existirá rarefeita, ou quase invisível?

Reginaldo Melhado, bebendo da doutrina de Óscar Correas, observa que a subordinação é consequência, *efeito* da relação de emprego, não sua condição ou elemento essencial:

20 O mesmo se diga quanto à *inserção do trabalho na dinâmica de organização e funcionamento do tomador de serviços*. A não ser que se entenda, por tal conceito, o mero fato de o resultado da prestação se destinar à atividade produtiva da empresa, o que abrangeria o trabalho autônomo.

DOCTRINA

“Tal como a metáfora da chuva: é quase sempre possível estar correta a asserção de que choveu, se o enunciado se baseia na premissa de que se podem ver as árvores e telhados molhados, a terra úmida, as poças d’água nas ruas, o céu ainda plúmbeo. Isso não quer dizer que as árvores molhadas e as poças *sejam* a chuva.”²¹

No exemplo de Molhado, presume-se a ocorrência da chuva pelos seus efeitos. Mas a falta de visibilidade daqueles efeitos não irá comprovar que *não choveu*. Também a luz de uma lanterna brilhará intensamente na escuridão, mas se a ligarmos em uma praia, ao sol do meio-dia, o efeito fotoelétrico talvez seja imperceptível.

Como o molhado da chuva ou a luminosidade da lanterna, a subordinação é efeito da relação de emprego, não seu elemento essencial. Não sua condição ou conteúdo. Pode soar profana ou herege tal afirmação, mas ela não diminui a importância da subordinação enquanto conceito e instituto do Direito do Trabalho.

A relação de emprego pressupõe o trabalho livre (ainda que se trate de liberdade formal), e a sujeição do trabalhador ao poder empregatício encontra seus limites no contrato. O traço da subordinação realça, então, o diferencial entre o vínculo empregatício e as relações de produção que marcaram a história ocidental no período anterior ao capitalismo: escravidão e servidão.

O conceito de subordinação será útil ainda na distinção entre o vínculo empregatício e as demais formas de trabalho do mundo moderno, e irá informar parte considerável do conteúdo científico do Direito do Trabalho. Institutos como duração do trabalho, intervalo intrajornada e *jus resistantiae*, entre outros, exprimem limitações legais ao poder diretivo do empregador, moeda cuja outra face é a subordinação jurídica.

A doutrina costuma enfatizar que a subordinação atua sobre o modo de realização da prestação, e não sobre a pessoa do empregado. Mas, se a noção de subordinação jurídica é objetiva ao analisar o trabalho, sua abordagem da figura do empregador é subjetiva. Nada exprime melhor a posição do *empregador sujeito* que o exercício do poder diretivo e disciplinar.

A abordagem objetiva, estrutural ou integrativa remodela a noção de subordinação, adequando-a às novas realidades do modo de produção, menos centrado no controle direto e intensivo do trabalho. Aqui, a leitura da condição

21 MELHADO, 2003, p. 164-165.

de empregador é objetiva, mirando a empresa²², a atividade econômica organizada. Do controle e fiscalização do trabalho, o foco transfere-se ao acoplamento ou integração do trabalho nas atividades da empresa, em sua dinâmica de organização e funcionamento. Não há dúvida de que tal concepção é mais abrangente, mas ela não transmuda a qualidade da subordinação, de efeito da relação de emprego, que apenas passa a ser aferido na dinâmica da empresa, desfocando a pessoa, física ou jurídica, que contrata o trabalho.

Entender que a integração do trabalho nas atividades ou na dinâmica da empresa configura condição, ou mesmo elemento da relação empregatícia, seria desafiar a criatividade do capitalista na *era digital*. Entre as misturas e contradições da pós-modernidade, certamente haverá espaço para vínculos de emprego em que tal inserção não se revele de forma nítida.

O expansionismo do conceito de subordinação configura, como salientamos, importante avanço, mas não supera a dogmática jurídica que a qualifica como elemento essencial da relação de emprego²³. Nessa concepção, é autônomo o trabalho no qual não se identifica o traço da subordinação²⁴. Consagrada na jurisprudência, essa abordagem acaba desprotegendo prestações em zona gris, mas cuja essência é empregatícia.

Como observa Márcio Túlio Viana, “vivemos em uma época de misturas e ambiguidades, e o modelo econômico também as cria. Com isso, fica mais difícil interpretar os fenômenos. O próprio trabalhador já não sabe bem quem é”²⁵.

É certo que, em ação trabalhista na qual se pleiteie declaração de vínculo empregatício e o reclamado reconheça ter se beneficiado do labor, mas alegue sua autonomia, o ônus da prova será invertido. Mesmo nesses casos, porém, o que o juiz do trabalho acabará mirando é a existência ou não de traços de subordinação na prestação. Ou seja, passará a ser ônus do reclamado comprovar nos autos que o trabalho não era subordinado. Convencendo-se o juiz de que de fato inexistiam vestígios de subordinação naquele trabalho, o pedido

22 Nos termos do art. 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa”.

23 Assim estruturou-se a doutrina trabalhista, podendo-se citar Moraes Filho (2010, p. 272) e Maranhão: “(...) o elemento – subordinação – que caracteriza o contrato de trabalho”. (1995, p. 70). No mesmo sentido, Delgado (2004, p. 315 e 302): “A circunstância de ser a subordinação, entre os elementos componentes da relação empregatícia, o nuclear e distintivo (...)”. “Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo”.

24 Como fazer o diagnóstico da doença apenas pela análise de seus sintomas. Na maior parte dos casos o método será eficaz, mas poderá falhar justamente nas situações mais graves.

25 VIANA, 2011, p. 29.

fatalmente será julgado improcedente. O método de aferir a essência através do efeito persiste.

Mais que conceitos jurídicos ou procedimentos de valoração da prova, o que se deve ter em mente, na aplicação do Direito do Trabalho, é a realidade do modo de produção. E, no sistema capitalista, o trabalho de pessoa física em proveito de empresa apenas excepcionalmente será realizado de forma autônoma.

Vilhena, depois de ponderar que a subordinação, como elemento historicamente condicionado e de fácil apreensão pela doutrina jurídica, serviu como marco divisor de relações jurídicas cujo objeto é a prestação pessoal de serviços, prenunciava, há mais de três décadas: “Aliás, não ocorrerá muito tempo e essa palavra, sobretudo como marco de configuração de uma relação jurídica (a relação de emprego), terá sido superada, por um dado mais compreensivo e mais constante”²⁶.

3 – RELAÇÃO DE EMPREGO E ALIENAÇÃO DO USO DO TRABALHO

Olea²⁷ observa que, no “estado original das coisas”, ou no de “pura natureza”, os frutos do trabalho reverterem para seu executor, como recompensa natural do trabalho. Mas a realidade social com que lida o Direito do Trabalho é justamente a contrária: os frutos do trabalho são atribuídos originariamente à pessoa distinta da que executa o trabalho. O autor esclarece que por *resultado* ou *produto* do trabalho deve-se entender, em sentido amplo, toda a atividade produtiva do homem, seja intelectual ou manual, tenha valor por si mesmo ou associado ao resultado do trabalho de outros homens, consista num bem ou num serviço.

Olea sublinha que o essencial e diferenciador, no trabalho por conta alheia, reside no fato de pertencerem os resultados, *no momento mesmo em que se produzem*, a pessoa diversa do trabalhador. Essa aquisição originária de propriedade dos frutos do trabalho alheio o autor denomina *ajenidad*²⁸.

26 VILHENA, 1999, p. 477.

27 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 41-42.

28 Causa ou condição do que é *ajeno*, alheio. (OLEA; BAAMONDE, p. 41).

Tal concepção seria refinada por outros doutrinadores espanhóis, com destaque para o conceito de *alienação na utilidade patrimonial*, formulado em 1972 por Montoya Melgar²⁹, e que acabou incorporado à doutrina de Olea.

Nesse ponto, é importante salientar que a noção de *ajenidad*, como essência do contrato de trabalho, deriva do conceito de alienação do trabalho, mas não é sua mera reprodução ou sinonímia.

A alienação do trabalho decorre da lógica capitalista segundo a qual o produto do trabalho aparece como algo alheio ao trabalhador, sendo apropriado pelo tomador dos serviços³⁰.

O conceito de *ajenidad* aprimora o de alienação do trabalho, captando o fato da apropriação dos frutos do trabalho alheio desde o momento em que estão sendo produzidos. Usando o mar como metáfora, *ajenidad* seria a apropriação do movimento da onda, resultando em espuma.

Não sem razão, Olea³¹ adota a expressão *ajenidad*, em lugar de *enajenación* ou *alineación* – correlatos, na língua espanhola, do vocábulo alienação, que em direito significa transferência de domínio ou titularidade de uma pessoa a outra. Como a doutrina do autor é centrada no trabalho por conta alheia, o conceito de *ajenidad* exclui o trabalho autônomo, cujo produto é passível apenas de aquisição derivativa:

“Dito de outra forma, o trabalho por conta própria não perde sua qualidade, nem se transforma em trabalho por conta alheia, pela circunstância de que o trabalhador execute atos posteriores em virtude dos quais atribua a terceiro os produtos que inicialmente lhe correspondem.”³²

Se a alienação do produto do trabalho exprime a substância do gênero relação de trabalho, a essência da espécie empregatícia é a aquisição originária dos frutos do trabalho alheio.

29 Melgar (apud Porto, 2009, p. 237) tentava superar uma objeção dirigida à teoria da alienação nos frutos: na hipótese de o trabalhador prestar serviços diretamente aos clientes da empresa, não existiriam frutos, em sentido estrito; ou, entendendo-os em sentido amplo (como resultado do serviço), tais frutos não entrariam na esfera patrimonial do empregador. O autor conclui, então, que é a utilidade derivada da venda do serviço ao cliente que se incorpora ao patrimônio do empregador.

30 MARX, 1993, p. 301 e 307.

31 OLEA, 1988, p. 171-172.

32 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 42.

Inexistindo vocábulo na língua portuguesa que exprima com precisão a ideia de *ajenidad*^{B3-34}, parece apropriada a utilização do termo original, como um estrangeirismo³⁵.

Valor de uso do trabalho vivo

Se a essência do trabalho dito por conta alheia é a aquisição originária do produto do trabalho³⁶ alheio, cumpre investigar como se processa tal fenômeno, no âmago da relação de emprego³⁷.

Para que o produto do trabalho seja apropriável, desde o momento da produção, por pessoa distinta da que labora, faz-se necessária outra e sincrônica aquisição, que envolva o *trabalho enquanto atividade*.

Nesse ponto, convém lembrar os conceitos de valor na economia política. A utilidade de uma coisa em particular faz dela um *valor de uso*. O valor desse mesmo objeto em comparação a outras mercadorias ou dinheiro expressa sua moeda de troca.

A força ou capacidade de trabalho³⁸ possui valor de troca e valor de uso. O primeiro, na economia capitalista, traduz-se no preço pago por ela no mercado de trabalho. O valor de uso do trabalho exprime sua utilidade potencial no atendimento de necessidades humanas, ou de um empreendimento econômico³⁹.

-
- 33 Frise-se que o termo “alteridade” (“natureza ou condição do que é do outro”, cf. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p.169) já se encontra consagrado na doutrina com a acepção de transferência, ao empregador, dos riscos do empreendimento e do próprio contrato de trabalho (cf. DELGADO, 2004, p. 393), noção esta que se correlaciona, mas não coincide com a de *aquisição originária dos frutos do trabalho alheio*.
- 34 Mendes e Chaves Júnior (2007, p. 202-215) sugerem o termo “alienidade”, que não se encontra dicionarizado, mas foi utilizado por Pontes de Miranda (1964, p. 79), ao se referir à “alienidade do proveito” do trabalho. Ocorre que o conceito formulado pela dupla de autores não demarca as noções de aquisição derivativa e originária do produto do trabalho alheio.
- 35 Entendendo-se por estrangeirismo a palavra ou construção estrangeira cuja consagração do uso não decorra apenas de influência ou dominação cultural, mas da falta de um termo correlato na língua pátria. Exs.: *réveillon, croissant, jeans, closet*, e os aportuguesados balé, bufê, dossiê.
- 36 Por produto do trabalho, frise-se, deve se entender a *utilidade patrimonial* de seu resultado, seja ele material ou imaterial (mercadoria, serviço, informação, *software*, mídia, etc.).
- 37 As considerações deste tópico são aplicáveis às modalidades não empregatícias do trabalho dito subordinado.
- 38 Melhado (2003, p. 165-166) designa força de trabalho a “energia em estado latente, atuando sobre os meios de produção”, e capacidade de trabalho a “propriedade do organismo humano, algo latente: a energia em estado potencial”. E aduz que “esta *potencialidade* é o que o trabalhador vende ao capitalista”. A noção de capacidade de trabalho, a nosso ver, abrange a de força de trabalho, sendo latente no trabalho material ou imaterial, e disponibilizando-se, na relação de emprego, no momento da produção ou no tempo à disposição do empregador (art. 4º da CLT).
- 39 A força de trabalho de um torneiro mecânico, por exemplo, tem maior valor de mercado que a de um ajudante de confecção, mas pouco valor de uso em uma indústria têxtil.

O empregador adquire os frutos do trabalho do empregado, desde o momento da produção, apropriando-se do valor de uso de sua força ou capacidade de trabalho⁴⁰.

Desse modo, no trabalho dito por conta alheia, a contratação não se limita ao resultado da prestação, envolvendo antes o *uso do trabalho vivo*⁴¹, o que irá afetar diretamente a própria condição humana do trabalhador.

Repare-se que tal percepção não conflita com a natureza contratual da relação de emprego. A liberdade, mesmo que formal, e a vontade, ainda que limitada, distinguem o labor do empregado do trabalho forçado. A alienação do valor de uso do trabalho é um *fato* que decorre da obrigação de fazer assumida pelo empregado, em razão do contrato de trabalho.

Karl Marx⁴² não foi um estudioso do direito, mas talvez tenha sido quem primeiro alcançou a essência do trabalho dito subordinado, no capitalismo industrial. Ao analisar o processo de produção da mais-valia, Marx observou que, como o vendedor da força de trabalho aliena seu valor de uso, o capitalista paga o valor diário (ou semanal, ou mensal) do trabalho em estado potencial, e adquire seu uso pela jornada inteira.

Desse modo, ainda que a jornada contratada não seja prorrogada, o empregador poderá variar a *intensidade de uso* do trabalho vivo do empregado, sem que com isso tenha que alterar o valor do salário pactuado.

Mas a alienação do uso do trabalho tem conteúdo socioeconômico mais profundo. Precisamente porque o que se aliena é o *valor de uso de um trabalho vivo*, não apenas a capacidade, mas a iniciativa, o esforço, a diligência do trabalhador no desempenho das atividades contratadas irão fluir em proveito da empresa. Em troca, o empregado terá o direito ao salário pactuado e demais parcelas trabalhistas. A participação nos lucros ou resultados que a empresa venha a pagar aos empregados não irá desvirtuar essa lógica. A acumulação do capital não é repartida, de forma proporcional, entre os trabalhadores⁴³. Os altos

40 Marx (2006, p. 227), por diversas vezes, refere-se ao valor de uso da força de trabalho: “Mas o decisivo foi o valor de uso específico da força de trabalho”; “(...) o vendedor da força de trabalho (...) aliena seu valor de uso”; “o valor de uso da força de trabalho, o próprio trabalho, tampouco pertence a seu vendedor”.

41 Marx (2006, p. 228 e 242) denomina *trabalho vivo* a força de trabalho em ação, em contraposição ao trabalho pretérito, *morto*, materializado em capital ou produto.

42 MARX, 2006, p. 227-228.

43 Como assinala Maranhão (1995, p. 289), “a participação dos empregados nos lucros não altera os termos da equação, porque essa participação, sem a copropriedade e a cogestão, é simples acréscimo salarial”.

empregados talvez configurem a exceção, mas a realidade da imensa maioria dos trabalhadores é outra.

A alienação da capacidade de trabalho tolhe ainda do empregado dose considerável de auto-organização e discricionariedade na prestação, o que acaba afetando o grau de realização no exercício da profissão.

No capitalismo industrial, o uso da força de trabalho alheia tem por referencial a duração da jornada, e instrumentaliza-se no poder diretivo do empregador. Irradia-se daí o *efeito subordinação*, em sua feição jurídica.

O eixo da sociedade pós-industrial são os países centrais, mas em economias emergentes, como o Brasil, já se verifica uma tendência de expansão do *imaterial*⁴⁴ no centro de criação do valor. Na produção imaterial, pouco padronizada e mais flexível, a apropriação do valor de uso do trabalho alheio não se exprime no número de horas laboradas⁴⁵, ou mesmo em um controle direto do modo de realização da prestação. O trabalho é apropriado mais em sua subjetividade, em seu potencial cognitivo, afetivo ou criativo, e em seu resultado imaterial, podendo não se integrar de forma visível à atividade da empresa, à sua dinâmica de organização e funcionamento – tanto que a potência do trabalho imaterial é alienável mesmo nos momentos de folga do empregado.

Outra tendência da *pós-indústria*, marcante mesmo nos países periféricos, como o Brasil, é o crescimento do trabalho material a distância da empresa, com destaque para o trabalho pouco qualificado.

O exemplo a seguir, pinçado novamente da jurisprudência do TRT da 3ª Região, trata de trabalho material precário, mas talvez antecipe, ainda que como metáfora, a tendência de apropriação do trabalho imaterial pelo capital, na *sociedade da informação*:

“TRABALHO AUTÔNOMO. CATADORA DE MATERIAIS RECICLÁVEIS. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CONFIGURADA. Embora ainda não exista regulamentação a respeito dos trabalhadores que coletam e separam materiais recicláveis, não pode ser reconhecido vínculo empregatício com a empresa que deles adquire tal material, por

44 São produtos imateriais o conhecimento, a informação, as comunicações ou relações, com destaque para a produção intelectual, afetiva, de *marketing*, *mídia* ou *software* (HARDT; NEGRI, 2005, p. 108-109).

45 É comum, nas grandes empresas, a contratação por prazo determinado de trabalho imaterial, pelo regime *time and materials*. A expressão, no entanto, não traduz com fidelidade a realidade desse tipo de prestação, em que a contratação, geralmente mensal, de um número de horas, constitui mera referência da dimensão imaterial do trabalho contratado.

ausentes os pressupostos do art. 3º da CLT.” (TRT 3ª Região – Proc. 00956-2005-086-03-00-4 RO – 1ª T. – DJMG 24.02.06)

O trabalho alienado ao capital produz a maior parte das riquezas geradas pelo capitalismo, e os trabalhadores sempre foram os que menos usufruíram disso. Da primeira ferrovia ou navio a vapor, ao último *tablet* ou TV 3D.

O capitalismo contemporâneo veste novas roupagens, mas a apropriação do valor de uso do trabalho humano subsiste como um dos fatores da lógica de acumulação, ainda que a produção se desmaterialize. E, entre as misturas e contradições desses novos tempos, os conceitos de subordinação, colaboração ou autonomia do trabalho podem se tornar imprecisos⁴⁶, sugerindo uma virada da ciência do Direito do Trabalho na direção do conceito de alienação do trabalho.

4 – EMPREGADO OU AUTÔNOMO: ATRAVÉS DA ZONA CINZENTA

Excepcionalmente, ao invés do uso de trabalho vivo, ou seja, de uma atividade, uma empresa irá contratar apenas o produto do trabalho de pessoa física.

Nesse ponto, é importante ter em mente que *empresa é atividade*. O empresário põe em funcionamento os fatores de produção (basicamente: recursos naturais, trabalho humano e capital), e essa atividade econômica organizada configura a empresa.

A atividade de produzir bens ou serviços para o mercado demanda, portanto, trabalho vivo, o que faz de toda empresa um empregador em potencial. Empregador: aquele que emprega, *faz uso* do trabalho alheio.

Sendo a força de trabalho *um dos* fatores de produção, seu custo é inferior ao do produto do trabalho autônomo, que irá agregar outros fatores. Por conseguinte, a aquisição de trabalho vivo (ou seja, a contratação de empregado) é mais barata para o capitalista, além de produtivamente mais plástica, que a contratação de trabalho autônomo. Como um contrapeso a essa maior assimetria existente na relação capital/trabalho vivo, que envolve diretamente a dignidade da pessoa humana, erige-se a tutela trabalhista da relação de emprego⁴⁷.

Mas, além de o trabalho autônomo ser mais valorizado no mercado, uma empresa estruturada em prestações autônomas não seria capaz de desenvolver

46 Viana (2011, p. 29) pondera que os próprios princípios do Direito do Trabalho estão em crise.

47 O que fazem algumas empresas é dispor de trabalho vivo e barato dando-lhe, ao mesmo tempo, tratamento jurídico de trabalho autônomo. A ideia de parassubordinação é um meio-termo entre a tutela e a desregulação trabalhista.

com eficiência sua atividade econômica, ao *não empregar o trabalho*, não se apropriando de seu valor de uso. Faltaria a esse empreendimento a sinergia do trabalho vivo, essencial à atividade empresarial.

O meio de uma empresa ser eficiente e competitiva no mercado, sem contratar o uso direto da força de trabalho, será a fraude. Em lugar de empregados, contrata-se outra empresa, que vende o trabalho vivo de seus empregados⁴⁸. É o que se costuma denominar intermediação de mão de obra, ou *marchandage*.

O modo de produção capitalista nutre-se, portanto, do valor de uso do trabalho humano⁴⁹, e tal apropriação é inerente ao trabalho de pessoa física em proveito de empresa. Como mero efeito, a subordinação deve ser presumida nesse tipo de prestação.

Trabalho autônomo em proveito de empresa

Mas, poderá um trabalhador alienar a uma empresa o produto de seu trabalho, sem que ela se aproprie de sua capacidade de trabalho?

Sim. Mas tal exceção à lógica da acumulação capitalista somente será viável se o próprio trabalhador detiver uma estrutura produtiva, autônoma em relação à dinâmica da empresa tomadora. Nessa situação, o valor de uso do trabalho será absorvido pela célula produtiva do próprio trabalhador, e o produto do trabalho será apropriado pelo tomador em momento posterior ao da prestação. É o que Olea denomina aquisição derivativa dos frutos do trabalho.

É o caso, por exemplo, do trabalhador proprietário de um aviário ou granja, que forneça frango ou leite para o mercado, sem se vincular a um único tomador. Do advogado que atue em seu próprio escritório, com clientela própria.

Mas, veja-se, a estrutura produtiva do trabalhador somente será verdadeiramente autônoma em relação à empresa tomadora se de fato existir independentemente dela. O que irá pressupor que aquela *célula produtiva*, ainda que informal, negocie, diretamente no mercado, os bens ou serviços ali produzidos, sem se vincular a uma empresa tomadora. O genuíno autônomo possui, portanto, clientela própria, formada por tomadores e/ou consumidores.⁵⁰ Por isso,

48 Viana (2012, p. 504) nota que a empresa intermediadora de mão de obra “não utiliza a força-trabalho para produzir bens ou serviços. Não se serve dela como valor de uso, mas de troca”.

49 Os avanços tecnocientíficos e a automação afetam, mas não neutralizam essa lógica.

50 Como ressalta Vilhena (1999, p. 482-483), se a exclusividade da prestação não é pressuposto da relação de emprego, a pluralidade de clientes é insita ao trabalho autônomo. Ou seja, havendo habitualidade e exclusividade no trabalho de pessoa física em proveito de um tomador, a presunção da existência de vínculo de emprego será absoluta.

haverá evidência de fraude se a estrutura produtiva do trabalhador houver sido constituída com a finalidade da prestação específica a determinado tomador.

Sendo o objeto desse tipo de contratação não uma atividade, mas o resultado do trabalho (uma obra ou serviço determinado⁵¹), na genuína prestação autônoma o tomador não interfere no modo de realização da prestação, que é predeterminada pelas partes, tal como ocorre no fornecimento de serviços por empresa. A pessoalidade da prestação conflita, portanto, com a autonomia do trabalho. Como anota Maranhão, o trabalhador autônomo ostenta “uma posição de empregador em potencial”⁵².

Há uma variante invertida de trabalho autônomo que vem se tornando comum no trabalho de médicos, dentistas e taxistas: o trabalhador usufrui de instalações ou meios de produção alheios e usa, em proveito próprio, sua capacidade de trabalho. Em outros termos, o trabalhador monta sua própria estrutura produtiva com o capital alheio, e como pagamento repassa ao proprietário um percentual da produção. Também nesses casos, desde que efetivamente não haja ingerência do proprietário do capital na prestação, o produto do trabalho alheio será adquirido de forma derivativa.

Mas existe a situação oposta, na qual o trabalhador detém os meios de produção, mas aliena ao tomador o uso de seu trabalho vivo. Podemos citar os exemplos do *motoboy* que utiliza sua motocicleta em serviço, do vendedor que usa o próprio automóvel, do transportador de cargas que trabalha em seu próprio caminhão, do teletrabalho e outras espécies de trabalho em domicílio.

Não basta, portanto, para caracterizar a autonomia da prestação, que o trabalhador detenha os meios de produção. Se ele se vincular a um tomador, não negociando com sua própria clientela os bens ou serviços por ele produzidos, aquela estrutura será mero prolongamento ou anexo da atividade econômica do tomador. O mesmo irá ocorrer se houver interferência do tomador no modo de realização da prestação⁵³.

Em se tratando de trabalho imaterial, a análise da prestação situada em zona gris poderá se tornar mais complexa havendo multiplicidade de tomadores, pois esse tipo de trabalho não demanda estrutura produtiva material. Aqui, o intérprete deverá investigar se a empresa se apropriou apenas do produto do trabalho imaterial (arte, mídia, *software*, *marketing*, etc.), ou também do *uso*

51 Ver Romita (1979, p. 92).

52 MARANHÃO, 1993, p. 64.

53 Nesse contexto, estarão descaracterizadas as figuras do representante comercial autônomo (Lei nº 4.886/65) e do “trabalhador autônomo de cargas por conta de terceiros – TAC” (Lei nº 11.442/07).

da capacidade cognitiva ou criativa do trabalhador, ou seja, desses atributos *em atividade*. Esta possibilidade será mais restrita se a empresa não possuir a *expertise* ou *know-how* do trabalho imaterial contratado.

O trabalhador autônomo atua, assim, como um *pequeno empresário-produtor*, com maior iniciativa e liberdade que o empregado, inclusive em posição mais vantajosa na negociação dos contratos. Isso lhe proporciona maior potencial de rendimentos, e mesmo de realização no trabalho. E onde há possibilidade de ganhos, existe também o risco das perdas. Mas, se o risco da atividade constitui importante diferencial entre o trabalho autônomo e o do empregado (no contrato de trabalho os riscos são assumidos pelo empregador), sua avaliação no caso concreto muitas vezes será imprecisa. E há os casos em que o empregador atribui o risco do negócio ao trabalhador como artifício para mascarar o vínculo empregatício. Por isso entendemos que a assunção do risco da atividade deva ser aferida da análise conjugada dos outros fatores.

Por excepcionar o modo de produção, a contratação formal de trabalho autônomo por empresa configura, no mais das vezes, mero disfarce do vínculo empregatício existente entre as partes. Essa instrumentalização da autonomia do trabalho, marca da pós-indústria nas economias dominantes, é ainda mais perversa na realidade brasileira, onde a informalidade e a precarização do trabalho potencializam a acumulação fordista.

Em razão disso, como já salientamos, a autonomia do trabalho deverá ser investigada, no caso concreto, como circunstância excepcional.

De todo modo, mesmo não alienando sua capacidade de trabalho, o autônomo que trabalha em proveito de empresa tem o produto de seu labor apropriado por ela. Esse tipo de prestação adquire contornos especiais, que a distinguem do fornecimento de serviços diretamente ao consumidor, e a tornam suscetível de incidência da tutela trabalhista. Mas esse alargamento das fronteiras do direito do trabalho, a nosso ver, deverá seguir a via legislativa⁵⁴, e a proteção ao trabalhador autônomo não deverá ser equiparada à do empregado. As razões encontram-se nas linhas anteriores.

Trabalho vivo apropriado a distância

Como foi dito, na sociedade pós-industrial há uma tendência de crescimento do trabalho material a distância da empresa, notadamente o

54 Tal extensão da tutela trabalhista alcançaria ainda o trabalho dito por conta alheia que não preencha os pressupostos da relação empregatícia (MERÇON, 2010, p. 40).

trabalho desqualificado⁵⁵ e o mais sofisticado, em polos opostos do modo de produção.

Mas, como distinguir entre o trabalho remoto do empregado e o do autônomo, quando ambos laboram a distância da empresa, e se obrigam a um resultado?

Veja-se, diversamente do que ocorre com o autônomo, a estrutura do trabalho a distância é mero prolongamento da atividade econômica do tomador, não se destinando à produção direta ao mercado. Tal como ocorre dentro do estabelecimento, o empregador adquire a propriedade dos frutos do trabalho alheio desde o momento em que estão sendo produzidos. O diferencial é que, sendo a força de trabalho *em atividade* apropriada a distância, os frutos serão colhidos em momento posterior ao da prestação. Como ocorre com o habitante da cidade que, ao comprar um sítio no campo, adquire a propriedade dos frutos das árvores ali plantadas desde o momento em que estão brotando, ainda que não se faça presente – porque adquiriu a *força viva*, a fertilidade daquele solo e árvores. Lembre-se que no contrato de trabalho há a aquisição originária de propriedade pelo empregador sobre bens de nova criação, ou seja, que não tenham sido antes propriedade de ninguém, o que configura a *ajenidad*⁵⁶.

O art. 6º da CLT, com a nova redação da Lei nº 12.551/2011, preceitua não se distinguir entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado e a distância, desde que caracterizados os pressupostos da relação de emprego. O parágrafo único, a nosso ver, era dispensável, pois a existência do vínculo empregatício não se condiciona ao controle e supervisão do trabalho a distância. Os meios telemáticos e informatizados de controle, tanto

55 Aos casos já citados do ambulante, da descascadeira de alho e da coletora de materiais recicláveis, some-se o de uma empresa fornecedora da Nike, que se instalou em Quixeramobim, cidade do interior do Ceará, e ali passou a contratar, para a fabricação de calçados, mão de obra intermediada por falsa cooperativa. A contratação chegou a alcançar 3.500 trabalhadores, em sua maioria mulheres exercendo, em seus domicílios, e com o auxílio de familiares, a confecção manual de pesponto, fixando a parte superior do calçado ao solado. O relatório de fiscalização dos auditores fiscais do trabalho (Auto de Infração nº 01484018-9 – período da inspeção: 2003 a 2008) ressalta o fato de a região ser carente de postos de trabalho, e de se tratar de trabalhadores humildes, que sequer questionavam o ínfimo valor recebido pelo trabalho (em média, R\$ 7,80 por dia), o ritmo intenso e as jornadas excessivas, induzidas pela remuneração por produção. Não há dúvida de que existia ali relação de emprego com a empresa fornecedora, ou mesmo com a Nike, mas o caso não se enquadra facilmente na dogmática jurídica, especialmente no que se refere ao pressuposto da pessoalidade da prestação, considerando que as empresas não tinham ciência de quem estava lhes prestando o serviço. Ao mesmo tempo, muitos daqueles trabalhadores sequer faziam ideia da destinação do labor, o que tornava ainda mais cristalino o fenômeno da alienação do trabalho.

56 OLEA, BAAMONDE, p. 42.

quanto os pessoais e diretos, apenas exteriorizam a potencialidade do poder empregatício. São mero efeito da relação de emprego.

Massa de trabalhadores e pessoalidade presumida

Sendo o objeto do contrato de trabalho não um resultado, mas a força ou capacidade de trabalho *em atividade*, a pessoalidade da prestação configura pressuposto da relação de emprego.

Segundo parte da doutrina, quando o trabalhador se faz substituir de forma constante ou intermitente na vigência do contrato, a pessoalidade da prestação se descaracteriza. Alice Monteiro de Barros⁵⁷ pondera, contudo, que o pressuposto da pessoalidade deve ser aferido com menos rigor na hipótese de trabalho no domicílio do empregado.

A posição de Olea⁵⁸ é ainda mais avançada. O doutrinador sustenta que a íntima conexão entre seu objeto e o sujeito faz com que a prestação contratual de trabalho seja personalíssima, não no sentido jurídico estrito de que seja devida por pessoa determinada, mas, sim, em sentido mais amplo e sutil, jurídico também, de que empenha a pessoa do trabalhador em seu cumprimento.

Márcio Túlio Viana⁵⁹ sustenta posição semelhante, anotando que “a pessoalidade é um dado muito relativo, quando se trata de grande empresa e trabalho desqualificado”.

No mesmo sentido de Olea e Viana, entendemos que, em uma sociedade de massa, marcada pela concentração do capital e, ao mesmo tempo, pela *desterritorialização* da produção, o caráter *intuitu personae* da relação de emprego somente deverá ser avaliado com maior rigor na hipótese de prestação realmente infungível. É o caso do trabalho de atleta, artista, intelectual ou outro profissional cuja condição pessoal e qualificação sejam determinantes na contratação, bem como na estipulação do valor do salário.

Com relação à massa de trabalhadores que produz a riqueza material, a pessoalidade da prestação deve ser presumida da mera prestação de pessoa física em proveito de empresa. Na hipótese de trabalho a distância, o vínculo de emprego somente será descaracterizado se ficar comprovado que o trabalhador

57 BARROS, 2006, p. 241.

58 OLEA; BAAMONDE, 1999, p. 54.

59 VIANA, 2012, p. 506.

não se empenhou pessoalmente na prestação contratada, agindo na realidade como verdadeiro empregador.

5 – REAVIVAR UM CONCEITO JURÍDICO

No limiar da pós-modernidade, o Direito do Trabalho parece meio disperso, tateando as paredes do tempo, como à procura de sua identidade. Cientistas políticos e filósofos vislumbram, num futuro não muito distante, o fim do emprego.

Mas, afinal, em que consiste a essência da relação de emprego?

Se a razão de ser do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador que cumpre horário e recebe ordens, ou mesmo o que se insere na dinâmica de organização e funcionamento de um tomador, talvez se possa vislumbrar um futuro sem empregados.

Se, em lugar disso, a proteção mirar a pessoa física que tem seu trabalho apropriado por outrem, haverá Direito do Trabalho enquanto existir o capitalismo, ainda que se criem novos apelidos ou codinomes para esse modo de produção.

Na perspectiva pós-positivista do Direito, a norma só existe aplicada (antes adequada) ao caso concreto⁶⁰. Antes disso, é texto de lei.

De qualquer forma, para remodelar o conceito de relação de emprego não é preciso inovar o texto legal. Não há que trocar os ingredientes, basta reavivar a fórmula.

É interessante observar que a dogmática jurídica consolidou-se em torno do conceito de subordinação, quando o art. 3º da CLT fala em dependência. Como foi dito, é no contexto do caso concreto que o texto de lei ganha vida. De todo modo, a palavra dependência parece mais plástica que o termo subordinação na guarda do trabalho de pessoa física em proveito de empresa, prestado sem autonomia.

Antes, contudo, de modelarmos o *mesmo e novo conceito* de relação de emprego, há que se desfazer um nó em nossa linha de argumentação. Trabalhamos, até agora, com a ideia de empresa. Mas o vínculo empregatício não se forma apenas com empresa. Existem as entidades beneficentes, os profissionais liberais...

60 Como salienta Barroso (2004, p. 472), “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma”.

Trabalho em proveito de organização

Segundo John Kenneth Galbraith⁶¹, são três as fontes de poder na sociedade: personalidade, propriedade e organização. Nos tempos modernos, a organização seria a mais importante, pois a propriedade e a personalidade só produziriam resultado com o seu suporte.

O conceito de organização que Galbraith tem em mira é próximo ao dos dicionários: “um número de pessoas ou grupos (...) unidos para algum propósito ou trabalho”⁶². Os integrantes da organização sujeitam-se, em maior ou menor grau, a seus objetivos, e essa submissão interna mira algum poder sobre pessoas ou grupos externos à organização.

O autor ressalta que, quanto maior o grau de *submissão interna* de seus membros, maior a capacidade da organização de conquistar poder externo, sua força e confiabilidade junto ao mercado e à sociedade.

A noção de organização não se exaure no conceito de empresa ou de atividade “tecnicamente produtiva”⁶³⁻⁶⁴. O próprio Galbraith invoca os exemplos do exército e do partido político. O conceito de organização deve abranger, assim, as entidades sem fins lucrativos, inclusive as puramente beneficentes.

Nessa perspectiva, talvez seja mais apropriado definir, como traço essencial de uma organização, e de forma mais ampla que o poder externo, sua atuação ou *atividade externa*, junto à sociedade ou comunidade.

As instituições religiosas ou filantrópicas que não produzem para o mercado terão menor capacidade de conquistar submissão externa. Não obstante, a interação dessas entidades com a sociedade, suas atividades assistenciais, a prestação de serviços à comunidade, tudo isso irá pressupor algum grau de submissão interna de seus integrantes. Tal como a empresa, a entidade sem fins lucrativos existe *em atividade*, ainda que de forma “improdutiva”.

61 GALBRAITH, 1999, p. 39, 57-58 e 60-61.

62 Tal conceito de organização converge com a doutrina de comportamento e psicologia organizacional: “grupo coordenado de pessoas que realizam tarefas para produzir bens ou serviços” (MUCHINSKY, 2004, p. 239).

63 Prevalece, nas ciências econômicas e políticas, a noção de atividade produtiva vinculada à definição de Produto Interno Bruto (PIB), que consiste no valor de mercado de todos os bens finais e serviços produzidos na economia em um dado período de tempo. Nessa perspectiva, é produtivo apenas o trabalho cujos frutos projetam-se no mercado, gerando riqueza para a economia e o país.

64 Maranhão (1995, p. 290) invoca, em lugar do conceito de atividade produtiva, o de atividade econômica, que se traduz na “produção de bens ou serviços para satisfazer às necessidades humanas”, não supondo, necessariamente, a ideia de lucro. E ressalta que, desde que haja atividade econômica, “na qual se utiliza a força do trabalho alheia como fator de produção, existe a figura do empregador”.

Quanto ao profissional liberal, se trabalha sozinho em seu consultório ou escritório, não detém uma organização. Ao contratar um ou mais auxiliares, passa a ser o titular de uma organização, uma reunião de pessoas e bens com propósito externo⁶⁵.

A *submissão interna*, de que cogita Galbraith, nada mais é que uma sinonímia do conceito jurídico de subordinação trabalhista. A causa ou condição de tal submissão é a apropriação, pela organização, do valor de uso da força de trabalho alheia. Desse modo, a capacidade, o esforço, a diligência do trabalhador no desempenho de suas funções irão reverter em proveito da consecução dos fins sociais da organização.

Não por coincidência, todos os exemplos de “empregador por equiparação” do art. 2º, § 1º, da CLT constituem formas de organização.

Pode-se deduzir, então, e de forma agora mais abrangente, que a apropriação do valor de uso do trabalho é inerente ao trabalho de pessoa física em proveito de organização, presumindo-se a pessoalidade e a subordinação nesse tipo de prestação.

Emprego e valor social do trabalho

Lapidado o conceito de trabalho autônomo, e assimilada a noção de trabalho em proveito de organização, pode-se avançar em uma remodelação do marco definidor da relação de emprego.

Se, como já sustentamos, presume-se a pessoalidade e a subordinação (ou dependência) no trabalho vivo alienado à organização, pode-se deduzir que, em regra, o trabalho não eventual⁶⁶ e oneroso prestado por pessoa física em proveito de empresa, profissional liberal ou instituição sem fins lucrativos configura a relação empregatícia.

65 O que não se verifica, por outro lado, no âmbito residencial, onde o trabalho não é direcionado a uma atividade externa. Por isso o trabalho doméstico será objeto de estudo em separado.

66 A abordagem de Maranhão (1993, p. 63) parece-nos a mais adequada: “a aferição da natureza eventual dos serviços há de ser feita tendo em vista os *finis normais* da empresa”. Assim, a descontinuidade da prestação não descaracteriza o vínculo empregatício, “desde que corresponda a uma *normal* descontinuidade da atividade econômica do empregador: prestação descontínua, mas *necessidade permanente*”. O autor acentua que, não se tratando de trabalho acidental, fortuito ou a título excepcional, a simples transitoriedade da prestação não descaracteriza a condição de empregado, sendo antes condição de validade dos contratos de trabalho a termo.

O trabalho autônomo em proveito de organização constitui exceção à regra⁶⁷, ao excepcionar a produção capitalista e a atividade econômica às suas margens. Por isso, para que se descaracterize o vínculo empregatício, a autonomia da prestação deverá ser comprovada de forma robusta e inequívoca no caso concreto.

A subordinação imprime identidade à figura do empregado, e será sempre capítulo fundamental na ciência do Direito do Trabalho. Mas há que ser percebida como efeito da relação de emprego, não como elemento essencial a ser identificado no caso concreto.

Para não alongar ainda mais este já extenso artigo, o tema terceirização trabalhista será tratado com maior profundidade em outro estudo. Mas adiantamos que a noção de *alienação na utilidade patrimonial do trabalho* pode ser importante na distinção entre dois conceitos que por vezes são confundidos: intermediação de mão de obra e terceirização de serviços⁶⁸. Como cogitar de verdadeira terceirização de atividade, quando os empregados da empresa contratada têm os frutos de seu trabalho incorporados ao patrimônio da empresa tomadora?

O fundamental é que, na análise dos casos mais complexos, o intérprete, ao invés da aplicação da norma por mera subsunção, proceda à interação dos fatos com os elementos normativos, em uma perspectiva pós-positivista⁶⁹ do Direito, calcada na normatividade dos princípios e em uma interpretação conforme a Constituição.

Na aplicação do Direito do Trabalho, há que se considerar que, dentro das desigualdades da sociedade capitalista, o *valor social do trabalho* encarna-se de forma mais sólida e consistente no emprego, e na concretização dos direitos fundamentais trabalhistas (arts. 1º, IV, e 7º da Constituição da República).

67 Outra exceção será a comprovada descaracterização da personalidade da prestação.

68 Reiteramos que a concepção objetiva, estrutural e integrativa de subordinação servirá de valiosa ferramenta à disposição do intérprete. Os critérios e conceitos doutrinários se conjugam, especialmente na análise de casos mais complexos, como serão aqueles envolvendo atividade econômica *em rede*, dificultando a definição de qual das empresas figurou efetivamente como empregadora.

69 Barroso (2004, p. 507) anota que pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem "(...) a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. “O começo da história”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 469-508.
- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1965.
- CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. “Parassubordinação e alienidade”. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares et al. *Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Vianna*. São Paulo: LTr, 2011. p. 87-95.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- _____. “Direitos fundamentais na relação de trabalho”. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, 2006, p. 657-667.
- GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2001.
- MARX, Karl. *Grundrisse: foundations of the critique of political economy*. London: Penguin Books, 1993.
- _____. *O Capital: crítica da economia política*. Livro I, vol. 1, 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1993.
- MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.
- MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. “Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica”. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007, p. 202.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. “Direito do trabalho novo”. In: *Revista Síntese trabalhista e previdenciária*, n. 256, out/2010, p. 27-46.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MUCHINSKY, Paul M. *Psicologia organizacional*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning.
- OLEA, Manuel Alonso. *Alineación. Historia de una palabra*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.
- _____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984.
- _____; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del trabajo*. 17. ed. Madrid: Civitas Ediciones, Universidad de Madrid, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, t. 47.

DOCTRINA

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 92.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, v. I, 1995.

VIANA, Márcio Túlio. “As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência”. In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. “As várias faces da terceirização”. In: VIANA, Márcio Túlio *et al.* *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 500-508.

_____. “Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito”. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Vianna*. São Paulo: LTr, 2011, p. 24-29.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo, LTr, (Relação de emprego: 1975) – 2. ed., rev., atual. e aum., 1999.

O DIREITO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI: EM BUSCA DE UMA NOVA ESTRUTURAÇÃO

Paulo Roberto Lemgruber Ebert*

INTRODUÇÃO

No século XIX, a integração entre os diferentes mercados nem de longe se equiparava ao quadro atual, e a limitação quanto à livre contratação de mão de obra era uma discussão formulada eminentemente no plano interno dos países. O direito do trabalho, surgido nesse contexto, tinha, portanto, a pretensão de compensar as distorções ocasionadas por um capitalismo ainda atado ao campo doméstico – ou, quando muito, a um cenário supranacional restrito –, em razão das limitações tecnológicas de então e das barreiras impostas pela política externa, que muitas vezes redundavam na deflagração de guerras.

A complexidade assumida pelo capitalismo moderno em decorrência dos avanços no processo de globalização, da integração econômica entre os mercados, dos avanços tecnológicos e da ampliação do número de atores no comércio internacional pôs em xeque a eficácia dos mecanismos clássicos do direito do trabalho para fazer frente a essa nova realidade, mormente porque nela a limitação normativa quanto à utilização do labor humano por parte do Estado pode ser facilmente contornada por intermédio da transferência das empresas e dos investimentos para outro país detentor de um ordenamento mais tolerante.

Diante disso, cabe perquirir se o direito do trabalho, em sua concepção compensatória tradicional, tem condições de neutralizar as distorções sociais ocasionadas pelo atual estágio do capitalismo ou se é necessário conceber uma proposta de redefinição de suas estruturas, a fim de possibilitar o cumprimento de tal desiderato.

* Advogado; doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de São Paulo (USP); pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB); pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

1 – O DIREITO E AS ESTRUTURAS SOCIAIS. O SISTEMA CAPITALISTA E O POSITIVISMO JURÍDICO

A análise da tradição jurídica ocidental demonstra que os sistemas legais das sociedades tendem, ao longo do tempo, a se adaptar às estruturas vigentes nestas últimas, limitando-se o direito, nesse contexto, a prover o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento das relações sociais naquelas condições pré-estabelecidas, sem pretensão de revisá-las em sua essência.

De igual modo, a mirada retrospectiva da história ocidental demonstra que apenas nos momentos de grave convulsão política e econômica é que se cogita no desmonte das vetustas estruturas sistêmicas, de modo que o direito, em tais circunstâncias, encontra condições de colaborar com a reestruturação das relações sociais segundo os propósitos revolucionários.

No entanto, findo o clamor revisionista e restabelecida a ordem sob novos paradigmas, o direito tende a retomar aquele papel servil às bases do sistema social, no fito de conceder-lhe a estabilidade necessária para sua subsistência e de incrementar suas estruturas, a fim de resguardá-las de eventuais investidas tendentes ao seu desmonte¹.

A visualização de tal tendência assumida pelo direito apresenta-se de modo límpido na análise histórica das revoluções ocorridas no mundo ocidental. De fato, os episódios mais significativos ocorridos entre os séculos XVIII e XX, após terem logrado a promoção de importantes mudanças nas estruturas políticas de suas respectivas sociedades, trataram de elaborar um ordenamento jurídico voltado para a consolidação da nova ordem. A par disso, a maioria desses tais movimentos não logrou – e nem sequer pretendeu – alterar as bases

1 Nesse sentido, Harold Berman assinala que:

“Uma transformação radical de um sistema jurídico é, contudo, paradoxal, já que um dos propósitos fundamentais do Direito é proporcionar estabilidade e continuidade. Além do mais, o Direito em todas as sociedades deriva a sua autoridade de algo que está fora de seu âmbito, e se um sistema jurídico passa por um período de mudanças rápidas, então levantam-se dúvidas sobre a legitimidade das fontes de sua autoridade. No direito, mudanças repentinas em grande escala – mudanças ‘revolucionárias’ assumem, sem dúvidas, ares ‘antinaturais’. Quando ocorrem, algo deve ser feito para que não voltem a ocorrer. O Direito deve ser firmemente restabelecido; deve ser protegido contra a ameaça de outra descontinuidade. Mais mudanças devem limitar-se a incrementos.” BERMAN, Harold. *Direito e Revolução. A formação da Tradição Jurídica Ocidental*, p. 27.

do sistema capitalista de produção, de exploração de mercados e de distribuição de riquezas, que permaneceu no cerne de suas estruturas econômicas².

O viés subserviente do direito às estruturas sociais postas ganhou substancial reforço a partir do século XIX, com a preponderância da doutrina do positivismo jurídico na elaboração, na compreensão global e na aplicação cotidiana dos ordenamentos normativos. Nesse contexto, o direito passou a ser concebido como o conjunto fechado e autossuficiente das leis existentes em uma determinada circunscrição territorial, cuja validade independeria dos elementos valorativos presentes em outros sistemas (ex: moral, política e religião) ou do conteúdo de seus dispositivos, e cuja racionalidade prática pautar-se-ia pela subsunção formal dos dispositivos legais aos fatos concretos, conforme sintetizado por Norberto Bobbio:

“O positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que (...) ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social: o juspositivista estuda tal direito *real* sem se perguntar se além deste existe também um direito *ideal* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal.

(...)

Com relação ao conteúdo das normas jurídicas, é possível fazer uma única afirmação: o direito pode disciplinar todas as condutas humanas *possíveis*, isto é, todos os comportamentos que não são nem

2 O art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o item I da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, que inspiraram, respectivamente, as revoluções francesa e norte-americana bem demonstram tal assertiva:

“Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.”

“I

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”

DOUTRINA

necessários, nem *impossíveis*; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria *supérflua* e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria *vã*.

Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define, portanto, o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece.”³

Sob a racionalidade positivista, as possibilidades de reformulação das estruturas sociais pelo direito ficaram ainda mais limitadas, porquanto o conteúdo das normas – em especial aquelas voltadas para a regulamentação das relações entre privados – primou, nos últimos séculos, por refletir as lógicas de produção e de exploração mercadológica do capitalismo, representadas pelos institutos das obrigações, dos contratos, do direito comercial, dos direitos reais, dentre outros.

Nesse contexto, os operadores do direito formados sob a crença de que a validade das normas consistiria em um elemento de índole meramente formal limitaram-se a concebê-las como dados aplicáveis à totalidade das relações sociais enquadráveis em seus enunciados abstratos e gerais e, desse modo, a aplicá-las de forma acrítica, sem atentar para eventuais distorções presentes na realidade fática.

Assim, à luz da racionalidade positivista em voga no século XX, o máximo que se logrou alcançar no que concerne à superação de tais desequilíbrios sistêmicos foi a elucubração de mecanismos normativos destinados a promover a compensação das distorções do capitalismo sem alterar substancialmente sua estrutura, a fim de evitar, em última instância, o desencadeamento de processos revolucionários.

Foram exatamente estes os propósitos que fomentaram o surgimento do direito individual e coletivo do trabalho e, mais tarde, do Estado de Bem-Estar Social.

3 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito*, p. 136-145.

2 – O DIREITO DO TRABALHO COMO UM MECANISMO COMPENSATÓRIO

2.1 – A estrutura do capitalismo nos séculos XIX e XX e o surgimento do Direito do Trabalho

Com o incremento da Revolução Industrial no século XIX, o capitalismo adquiriu um impulso até então não experimentado. A produção em massa de bens decorrentes das inovações tecnológicas possibilitou a geração de riqueza em patamares inéditos e a expansão da economia dos países que a protagonizaram. Nesse contexto, a tônica do sistema passou a ser a exploração de novos mercados (a desaguar no neocolonialismo) e a utilização maciça de mão de obra nas fábricas.

A classe social detentora dos meios de produção (burguesia), que saíra vitoriosa das revoluções liberais, forjou os ordenamentos jurídicos das potências industriais de então segundo seus desígnios. Nesse sentido, as normas passaram a ter por escopo a facilitação das relações mercantis entre os agentes econômicos, com base na crença de que estes últimos seriam detentores de um mesmo grau de autonomia privada e de liberdade individual, sendo, portanto, iguais perante o direito⁴.

Contudo, a aplicação de tal construção ideológica nas relações de trabalho afigurou-se desastrosa. A propalada “igualdade” entre os detentores dos meios de produção e aqueles que ofereciam sua mão de obra no bojo dos contratos civis de “prestação de serviços” e de “arrendamento de obras” mostrara-se

4 Nesse particular, Héctor-Hugo Barbagelata destaca que:

“Los Códigos Civiles a imagen y semejanza del francés, concebían las relaciones laborales como relaciones encuadradas lisa y llanamente en el sistema de las obligaciones y los contratos, destinándoles apenas unos pocos artículos bajo la rubrica del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra.

En ese marco, solo respondía a una cierta preocupación humanística la disposición destinada a impedir que el contrato pudiera generar una situación de esclavitud, o sea, la que establecía expresamente la nulidad del contrato de por vida.

(...)

Dichos códigos eran mirados como reflejando una especie de derecho común, válido también para las relaciones laborales, respecto de las cuales en contrato se concebía como la institución por excelencia dentro de un sistema jurídico basado en la libertad individual.

(...)

Basta una simple ojeada a la forma en que los civilistas encaraban las relaciones laborales para convenirse de que sus tesis están condicionadas por las ideas económicas en boga, así como por la admisión de la imposibilidad de salirse del Código Civil sin provocar una verdadera catástrofe en el sistema jurídico.” BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Curso sobre La Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, p. 82-86.

uma verdadeira (e trágica) ficção diante da realidade mercadológica de então, marcada pelo excesso de mão de obra nos polos urbanos e pela consequente preponderância do empregador na fixação das condições laborais.

De fato, no mundo real, tais trabalhadores encontravam-se submetidos aos mecanismos da “mão invisível do mercado” – em especial à “lei da oferta e da procura” –, deparando-se com a inafastável contingência de vender sua mão de obra a preço vil como única forma de sobrevivência, aceitando, dessa forma, as ínfimas contraprestações oferecidas pelos detentores dos meios de produção em troca da prestação de trabalho sob jornadas excessivas e condições extremamente penosas⁵.

A situação ora descrita gerou, ao longo do século XIX, graves conflagrações sociais fomentadas, em grande medida, pelo ideário socialista, a apreçoar, em apertadíssima síntese, a desapropriação dos meios de produção e sua destinação à coletividade. Diante de tais vicissitudes, os governos de orientação liberal-burguesa concederam aos trabalhadores certas concessões, com destaque para a ampliação da participação política daqueles nos parlamentos, o que viria a gerar, como consequência, a edição de normas voltadas para a proteção das condições laborais dos obreiros. Surgiu, assim, o direito individual do trabalho⁶.

Com a paulatina consagração das normas protetivas dos trabalhadores nos ordenamentos internos dos países protagonistas da Revolução Industrial, passou-se a envidar esforços no sentido de promover a regulamentação internacional do trabalho. Tal movimento foi impulsionado, em grande medida, pelo

5 Vide, nesse sentido: LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du Travail*, p. 8.

6 A propósito, Palomeque López enfatiza que:

“A legislação operária responde, *prima facie*, a uma solução defensiva do Estado burguês para, através de um quadro normativo protetor dos trabalhadores, prover à integração do conflito social em termos compatíveis com a viabilidade do sistema estabelecido, assegurando, deste modo, a dominação das relações de produção capitalistas. Não é, por isso, nenhuma casualidade que as primeiras leis operárias verssem precisamente sobre aqueles aspectos da relação laboral em que se haviam manifestado os resultados mais visíveis da exploração dos trabalhadores, abordando, assim, a limitação do trabalho das mulheres e menores, a redução dos tempos de trabalho, o estabelecimento de salários-mínimos ou, finalmente, a preocupação pelas condições de segurança e higiene no trabalho e a prevenção dos riscos profissionais.

(...)

A intervenção do Estado nas relações de produção, através da promulgação de ‘normas protectoras’ das condições de vida e de trabalho do proletariado industrial e limitadoras da até então absoluta vontade do empresário na fixação do conteúdo do contrato de trabalho, responde historicamente, como se viu, à *necessidade social* de integrar e canalizar o ‘conflito social’ surgido entre novos antagonistas sociais. O novo corpo normativo integrador haveria de cumprir, pois, a transcendental missão de impor ao conflito um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e progresso do modo de produção capitalista e as paredes mestras da sociedade burguesa.” LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho e Ideologia*, p. 30-33.

temor de que a edição de legislações operárias por parte de determinados países pudesse vir a tornar seus produtos menos competitivos no mercado internacional e pela necessidade de se contrapor aos avanços socialistas⁷.

Justamente nesse sentido, tanto a própria Constituição da Organização Internacional do Trabalho, editada em observância ao Título XIII do Tratado de Versalhes firmado ao cabo da Primeira Guerra Mundial (1919) quanto a Declaração da Filadélfia, que reforçou as diretrizes daquele organismo na nova ordem em vias de surgir após a Segunda Guerra Mundial (1944), destacaram a necessidade de que os Estados venham a assegurar condições de trabalho justas, a fim de evitar desestabilizações internas que possam conduzir a crises internacionais potencialmente aptas a comprometer a própria paz mundial⁸.

Assim, sob os influxos daquelas lutas protagonizadas pelos trabalhadores e à luz das diretrizes constitutivas da OIT, os ordenamentos jurídicos dos países economicamente hegemônicos no século XX alçaram o Estado à condição de garantia do bem-estar geral, seja por intermédio da imposição de limites à exploração de mão de obra, ou através da criação de instrumentos de proteção dos cidadãos contra os riscos sociais (v.g.: velhice, desemprego, incapacidade laboral) a serem custeados ora pelo erário, ora pelos empregadores.

Com tais mecanismos, o direito e sua racionalidade positivista intentaram contornar os desequilíbrios sociais causados pela produção em massa e pela exploração desmesurada do trabalho humano, a caracterizarem o capitalismo no final do século XIX e ao longo de boa parte do século XX.

7 Vide, nesse sentido:

VON POTOBOSKY, Geraldo; DE LA CRUZ, Héctor Bartolomei. *La Organización Internacional del Trabajo*, p. 3-4.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores no Local de Trabalho*, p. 34.

8 Segundo Alain Supiot:

“La Constitución de La OIT, adoptada en 1919, afirmaba ya que ‘una paz duradera sólo puede establecerse sobre la base de la justicia social’, pero sin definir esta última ni extraer las consecuencias desde el punto de vista económico y financiero. Sobre estos dos puntos es donde la Declaración de Filadelfia resulta innovadora. En primero lugar, proporciona una definición global y comprehensiva de la justicia social: ‘Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades’ (art. II a). Y, en segundo lugar, convierte la realización de la justicia social así entendida en ‘El propósito central de la política nacional e internacional’. En consecuencia, ‘cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental’ (art. II c). En la Declaración de Filadelfia, la economía y el mundo financiero son medidos al servicio de los hombres.” SUPIOT, Alain. *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, p. 61-68.

2.2 – *O direito coletivo do trabalho e a compensação da preponderância da vontade patronal nas relações trabalhistas*

Tal como as normas destinadas à proteção individual dos obreiros em face da exploração desmesurada de sua força de trabalho, os preceitos do Direito Coletivo do Trabalho surgiram no século XIX como uma forma de compensação oferecida pelo direito às agruras impostas aos indivíduos pela estrutura capitalista erigida após a Revolução Industrial.

Mais precisamente, as normas que asseguraram aos trabalhadores a livre criação e organização de entidades sindicais, bem como a participação destas últimas nas negociações coletivas a serem entabuladas com os empregadores e o próprio direito de greve, tiveram por intuito compensar a desproporção de forças a permear os trabalhadores individualmente considerados e seus patrões, por intermédio de mecanismos institucionais destinados a resgatar a igualdade fática entre os atores sociais, conforme assevera Mario de La Cueva:

“El movimiento obrero planteó una tesis nueva, que es una justificación magnífica del derecho colectivo del trabajo: *la igualdad no puede darse entre cada trabajador aislado y su patrono, sino únicamente entre los dos elementos de la producción, el trabajo, que es la unidad de todos los trabajadores y el capital*. En la imposición de este principio nuevo radica la grandeza de la lucha obrera: *la igualdad de fuerzas y de derechos entre el trabajo y el capital, en espera de la sociedad del mañana, en la que el trabajo hará del capital el instrumento de una vida mejor para todos los hombres*.

(...)

Mientras la igualdad del derecho civil fue individualista y formal, la igualdad por la que luchó el movimiento obrero a fin de fundar sobre ella el derecho colectivo del trabajo, fue la igualdad de la clase trabajadora frente al capital, la igualdad de los factores de la producción, trabajo y capital, de suerte que en cada empresa la igualdad se daría entre la comunidad obrera y el patrono, y ahí donde entrara la convención-ley, entre la totalidad de los trabajadores de la rama industrial o comercial considerada y el conjunto de los empresarios.

Por lo tanto, el derecho colectivo serviría para igualar, mediante prerrogativas jurídicas, la superioridad económica del capital. El resultado final a que se llegó, después de la legitimación de los sindicatos, de los contratos colectivos y de la huelga, fue que las condiciones de prestación de los servicios tendrían que ser el efecto de un acuerdo de voluntades

de las dos clases sociales, pero si no se lograba, la actividad de la o de las empresas se tornaba un imposible.”⁹

Assim, com arrimo em tal ideário, os trabalhadores conseguiram extrair do Estado o reconhecimento daqueles direitos, principalmente nos países protagonistas da Revolução Industrial, com especial destaque para a Grã-Bretanha e a França. A partir daí, os sindicatos obreiros passaram a constituir uma efetiva força social no âmbito daqueles estados, capazes não só de assegurar melhores condições de trabalho aos seus representados por intermédio da contratação coletiva, como também de atuar como protagonistas de peso no cenário político em defesa dos interesses obreiros.

Tal papel exercido pelos sindicatos no plano interno e os efeitos de sua atuação nos custos da mão de obra contribuíram sobremaneira para que a liberdade sindical passasse a figurar já no Tratado de Versalhes, de 1919, como um dos direitos elementares dos trabalhadores, sem o que o equilíbrio internacional na utilização dos fatores de produção e a própria paz universal não poderiam ser alcançados. Não por outra razão, o preâmbulo da Parte XIII do referido instrumento deixa expresso que “a inobservância de qualquer nação em adotar condições humanas para o trabalho é um obstáculo posto às outras nações que desejam melhorar as condições laborais em seus próprios territórios”¹⁰.

A ideia que subjaz à inserção da liberdade sindical dentre os princípios a serem tutelados pela OIT é basicamente a mesma que influenciou o elenco dos demais objetivos constantes do preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes, qual seja, a de impedir que a coexistência de ordenamentos jurídicos extremamente protetivos do franco associativismo com outros que não o tutelas em igual medida possa afetar negativamente a competitividade daquelas primeiras economias, comprometendo, em última medida, o delicado equilíbrio entre as nações existente àquela época.

No início do século XX a obtenção de tal equilíbrio entre as diversas legislações domésticas em matéria sindical consistia em uma tarefa difícil, mas, certamente, não tão complexa quanto nos dias atuais. De fato, àquela ocasião, apenas alguns poucos países da Europa ocidental e os Estados Unidos tinham na indústria o setor produtivo preponderante, de modo que a carência de uma legislação protetiva do franco associativismo nas nações de desenvolvimento tardio ou predominantemente agrárias não comprometia, de modo preocupante, a competitividade dos produtos industrializados daquelas economias.

9 DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, p. 207-225.

10 Disponível em: <<http://net.lib.byu.edu/~rdh7/wwi/versa/versa12.html>>.

Some-se a isto o fato de que a mobilidade das finanças e dos meios de produção àquela época se afigurava extremamente dificultosa e, principalmente, custosa se comparada às condições atuais, de modo que as instalações fabris e os demais bens de capital tendiam a permanecer, como regra geral, fixados em seus lugares de origem. Nesse contexto, as legislações estatais logravam regulamentar de forma plena as relações coletivas de trabalho, sem o temor de que os investimentos e os empregos migrassem para outros países detentores de um ordenamento sindical mais flexível.

Tal situação possibilitou que os idealizadores do Título XIII do Tratado de Versalhes vislumbrassem a consagração do direito coletivo do trabalho nos ordenamentos internos como uma medida apta a assegurar, ao mesmo tempo, o equilíbrio comercial entre as nações e o estabelecimento de padrões humanitários mínimos a serem usufruídos pelos obreiros, como uma compensação à preponderância dos empregadores na dicção dos elementos integrantes das relações de trabalho.

3 – A CRISE DO MODELO COMPENSATÓRIO DO DIREITO DO TRABALHO E SUAS POSSIBILIDADES DE SUPERAÇÃO

O mundo que inspirou o Tratado de Versalhes e a Declaração da Filadélfia da OIT no primeiro e no segundo pós-guerra definitivamente não é o mesmo de hoje. Se em 1919 e em 1944 o direito do trabalho e o Estado de Bem-Estar Social tinham o potencial de compensar com grande eficácia (pelo menos nas economias mais desenvolvidas) as distorções capitalistas oferecendo aos cidadãos empregos estáveis, salários adequados, sindicatos com efetivo poder de barganha, proteção social e sistemas de previdência, saúde e de educação de excepcional qualidade, não se pode dizer o mesmo dos dias atuais.

Desde os choques do petróleo na década de 1970, que encerraram aqueles “trinta anos dourados” do segundo pós-guerra e demandaram tanto dos governos quanto das empresas programas agressivos de redução de custos, o Estado de Bem-Estar Social viu-se na contingência de reduzir seu escopo tutelar, não mais logrando o mesmo grau de compensação de outrora. Nesse contexto, o ideário liberal (agora acunhado de “neoliberalismo”) encontrou amplo espaço para difundir seus principais dogmas: a redução do aparato estatal e a livre atuação do mercado no intuito de promover a retomada econômica e, nessa esteira, o crescimento.

No campo do trabalho, a crise desencadeada na década de 1970 teve, igualmente, reflexos profundos. O aumento dos custos operacionais, desencadeado pela alta do petróleo e de seus derivados, impôs às empresas o enxu-

gamento de suas estruturas, o que desaguou, inevitavelmente, na desativação de unidades e de postos de trabalho. Nesse cenário, as firmas buscaram novos métodos de produção e a clássica estrutura fordista-taylorista foi cedendo espaço ao toyotismo e aos seus corolários a propugnarem a desconcentração produtiva e a adequação mais estrita entre a fabricação de bens e a demanda¹¹.

Paralelamente a isto, a industrialização outrora centralizada nas potências econômicas da Europa Ocidental, no Japão e nos Estados Unidos ganhou novas praças com o surgimento dos “tigres asiáticos”, em um primeiro momento, e dos chamados “países emergentes” – encabeçados pela China –, posteriormente. De igual modo, a queda do Muro de Berlim e o fim do bloco soviético não só eliminou o temor socialista que campeou durante a chamada “guerra fria”, como também possibilitou o surgimento de novos mercados, a concorrerem, a partir de agora, com as economias tradicionais na captação de investimentos.

E como se já não bastassem tais alterações, tudo isto viria a ocorrer em um contexto no qual os avanços tecnológicos no campo das telecomunicações e da informática acabariam por facilitar sobremaneira a mobilidade do capital e a alocação de recursos de um espaço a outro em tempo real. Desse modo, os empresários interessados em baixar seus custos de produção passaram a contar não apenas com novos polos de mão de obra como também com a possibilidade de sondá-los e buscá-los facilmente.

É claro que em tal contexto, a capacidade do direito do trabalho concebido nos moldes compensatórios clássicos para lidar com tais desafios viria a ser radicalmente questionada, conforme salienta Patrick Macklem:

“Duas tendências dramáticas estão alterando de forma crescente a capacidade do direito do trabalho doméstico de promover a justiça no mundo do trabalho. A primeira delas diz respeito à introdução de formas flexíveis de produção. O que alguns especialistas têm chamado de processos de produção ‘pós-fordistas’ estão suplementando e, em alguns casos, suplantando as formas tradicionais de produção em massa dependentes do trabalho rotineiro e hierárquico estruturado em regras e responsabilidades detalhadas. Facilitados, em parte, pelos novos avanços na computação e na tecnologia da informação, tais formas flexíveis de produção contam com uma força de trabalho versátil motivada por um espírito de cooperação e generalismo que se volta para a produção customizada de produtos na medida exata (*just in time*) para atender a sempre cambiante demanda por consumo.

11 Sobre o toyotismo e sua diferenciação do fordismo-taylorismo, vide: ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, p. 56-57.

(...)

A segunda tendência diz respeito ao desabrochar da globalização econômica, que encontra uma de suas manifestações mais significativas no recente incremento dos acordos bilaterais, regionais e multilaterais, especialmente daqueles supervisionados pela Organização Mundial do Comércio, a promoverem a liberalização do comércio. Ao introduzirem gradualmente reduções tarifárias recíprocas e ao eliminarem as barreiras de importação não tarifárias, tais acordos passaram a representar a superestrutura jurídica da nova ordem econômica internacional, onde o capitalismo opera cada vez mais em escala global e possui a capacidade de se mover de forma relativamente livre através das fronteiras nacionais.”¹²

Assim, a década de 1990 foi marcada por um movimento extremamente representativo a apreçoar sua reestruturação à luz da nova realidade econômica mundial, no sentido de reduzir seu escopo tutelar com vistas a adequar os ordenamentos jurídicos internos à necessidade de captação de investimentos e de submeter a contratação e a dispensa de mão de obra às demandas imediatas das empresas¹³.

12 No original: “Two dramatic trends are increasingly challenging the traditional capacity of domestic labor law to promote justice in the world of work. The first relates to the introduction of flexible forms of production. What some scholars are calling ‘post-fordist’ production processes are supplementing and in some cases supplanting traditional forms of mass production dependent on routinized labor hierarchically structured by detailed rules and responsibilities. Facilitated in part by new developments in computer and information technology, these flexible forms of production rely on an increasingly versatile labour force, motivated by a spirit of cooperation and generalism, to produce customized products just in time to meet ever-shifting consumer demand.

The second trend relates to the onset of economic globalization, manifest in the recent spate of bilateral, regional and international agreements, especially those supervised by the World Trade Organization, promoting trade liberalization. By gradually introducing reciprocal tariff reductions and eliminating non-tariff import barriers, these agreements represents the legal superstructure of a new international economic order, where capitalism increasingly operates on a global scale and possesses the capacity to move relatively freely across national boundaries”. MACKLEM, Patrick. *Labour law beyond borders*, (2002) 606.

13 Nesse sentido, a obra formulada por Luiz Carlos Amorim Robortella em 1994 é bem ilustrativa do momento pelo qual passava o direito do trabalho naqueles idos.

Propunha ali o autor, em apertada síntese, um “moderno direito do trabalho”, (i) em que os atores coletivos (empregadores e sindicatos obreiros) teriam uma atuação não apenas conflitiva, mas colaborativa, (ii) em que a autonomia da vontade seria resgatada, por intermédio da possibilidade de novas modalidades contratuais menos rígidas se comparadas à clássica relação de emprego, (iii) em que seu escopo não mais se limitaria à proteção dos trabalhadores em face da preponderância dos empregadores, abrangendo, principalmente, o incremento dos níveis de emprego, (iv) em que os níveis de proteção seriam relativizados em função do maior ou menor grau de subordinação e (v) em que as relações atípicas de trabalho integrariam seu escopo. ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*, p. 55-59.

De fato, é inegável que os fatores ora descritos têm o condão de interferir na eficácia dos mecanismos protetivos que integram o direito individual e coletivo do trabalho desde a sua concepção no século XIX. O desafio reside, justamente, na imposição de limites humanitários à utilização da mão de obra e na equiparação de forças entre os obreiros e empregadores no novo contexto assumido pelo capitalismo, marcado – no que concerne aos aspectos produtivos – pela mobilidade facilitada dos recursos, pela abundante oferta de mão de obra barata em diversos mercados, pela crescente automação e pela prevalência da descentralização produtiva.

No entanto, diante de tal realidade, é de se indagar se o direito do trabalho – originalmente pensado como um conjunto de normas voltado para a compensação da exploração desenfreada do labor humano ocasionada pela “lei da oferta e da procura” através da promoção de *standards* protetivos – deve ser simples expressão das renovadas estruturas capitalistas de produção ou se ele, ao revés, deve buscar sua remodelação no intuito de fazer frente a tais estruturas.

Dito em outros termos, trata-se de indagar se o “moderno direito do trabalho” deverá buscar a compensação das novas agruras capitalistas por intermédio da elaboração de normas menos protetivas com vistas à atração de inversões externas ou se deverá ele, ao revés, atacar diretamente tais estruturas produtivas a fim de alocar, efetivamente, um nível mínimo de humanidade nas relações laborais.

3.1 – A globalização e a desconcentração produtiva no centro da crise do Direito do Trabalho. O dumping social

Para o trabalho humano, a característica mais marcante da globalização econômica faz-se representada, sem dúvida alguma, pela desconcentração produtiva. Nessa nova realidade, as empresas se desvencilham, na maior medida possível, das etapas da fabricação do produto final por intermédio da subcontratação de outras firmas, no intuito de reduzir seus custos e de tornar os preços de seus bens mais atrativos. As grandes plantas que concentravam em suas instalações todas as etapas do processo fabril e contavam com um grande número de empregados especializados em funções específicas não passam, agora, de nostálgica memória.

Tal situação é substancialmente agravada na medida em que a desconcentração produtiva tem por pedra de toque, atualmente, a busca de mão de obra mais barata em países desprovidos de mecanismos eficazes de tutela laboral e de sindicatos minimamente representativos. Há, portanto, uma nova divisão

internacional do trabalho, em que as etapas fabris de um mesmo bem foram pulverizadas pelo globo segundo a lógica do menor custo¹⁴.

Nesse novo mundo globalizado, os ordenamentos jurídicos dos Estados foram rebaixados à condição de “custos” que deverão ser considerados pelos empresários na conta da produção, de modo a ter peso decisivo nas escolhas em torno da entrada ou saída de um determinado mercado, em um verdadeiro sistema de *law shopping*. Tal lógica subverte integralmente o escopo dos instrumentos internacionais voltados para a tutela do labor humano – em especial a Declaração da Filadélfia da OIT –, que se pautam pela oposição à mercantilização do trabalho humano, conforme assinala Alain Supiot:

“Al proclamar que ‘el trabajo no es una mercancía’ y al exigir ‘la ampliación de las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa’, la Declaración de Filadelfia obligava a los Estados a dotarse de un Derecho Laboral y de La Seguridad Social capaz de garantizar la seguridad física y económica de los asalariados y de sus familias, es decir, de establecer las bases jurídicas indispensables para el funcionamiento de los mercados del trabajo en el plazo largo de la sucesión generacional.

Estas bases se establecieron a nivel nacional y están siendo dismanteladas progresivamente en el contexto de la globalización.

(...)

En este Mercado global, el Derecho (...) se considera como un producto que compite a escala mundial, donde se produciría la selección natural de los ordenamientos jurídicos mejor adaptados a la exigencia de rendimiento financiero. En lugar de que la libre competencia se funde en el Derecho, es el Derecho que debería fundarse en la libre competencia.

14 Segundo Enrique Ricardo Lewandowski:

“Num sentido estrito, a globalização, que se acelerou significativamente a partir do final do último conflito mundial e mais ainda depois do término da Guerra Fria, configura antes de tudo um fenômeno econômico. Corresponde a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a consequente criação de um mercado mundial.

(...)

Trata-se de uma nova etapa na evolução do capitalismo, tornada possível sobretudo pelo extraordinário avanço tecnológico registrado nos campos da comunicação e da informática. Essa fase caracteriza-se basicamente pela descentralização da produção, que se distribui por diversos países e regiões, ao sabor das conveniências e interesses das empresas multinacionais. Cuida-se, em verdade, de uma nova divisão internacional do trabalho, em que os insumos e a mão de obra, notadamente a especializada, circulam com desenvoltura entre os diferentes centros de produção, graças à crescente integração dos mercados.” LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*, p. 50-51.

(...)

El establecimiento de este ‘mercado de productos legislativos’ debe conducir a la eliminación progresiva de los sistemas normativos menos aptos para satisfacer las expectativas financieras de los inversores. Por tanto, la competición a la que se entregan las empresas bajo la égida de los mercados financieros no debería limitarse a la esfera económica, sino convertirse en el principio de organización de la esfera jurídica.”¹⁵

O resultado dessa “corrida” internacional pelo desmonte do arcabouço protetivo juslaboralista não poderia ser outro senão a institucionalização do *dumping* social, ou seja, a busca frenética pela redução do custo de mão de obra por parte dos Estados com vistas à obtenção de vantagens na precificação de seus produtos no concorridíssimo mercado internacional, às custas da depreciação das condições de vida e de trabalho dos obreiros.

Tal depreciação, de fato, afeta não só os trabalhadores dos países “hospedeiros” das empresas “globalizadas”, como também os obreiros daqueles países que deixaram de receber (ou de manter) o investimento. Assim, se para aqueles primeiros o custo reduzido da produção representará o desempenho do labor em condições precárias, sob jornadas exaustivas e mediante a percepção de salários irrisórios, para estes últimos a fuga das fábricas redundará não só em desemprego como também na depreciação do sistema de previdência social, na redução da arrecadação estatal, no desmonte das estruturas de bem-estar social e, finalmente, no desmantelamento do direito do trabalho sob o pretexto de adequação à nova realidade mercadológica¹⁶.

Diante da situação ora narrada, observa-se de plano que o direito individual do trabalho, concebido em seu nascedouro como um conjunto de normas positivas voltadas para a compensação das vicissitudes capitalistas existentes

15 SUPLOT, Alain. *El Espíritu de Filadelfia*, p. 61-68.

16 Segundo o “Informe para a Comissão Europeia” organizado por Alain Supiot e elaborado por juslaboralistas de diversos países europeus ao cabo da década de 1990:

“El auge renovado del neoliberalismo y las teorías sobre la desregulación también han puesto en cuestión la jerarquía de intereses sobre la que se basaba la teoría clásica del Estado. El punto de partida de estas teorías consiste en considerar el derecho como una fórmula más de regulación, que debe respetar (o mejor, expresar) las leyes del mercado, tal y como son reveladas por la ciencia económica. La globalización de la economía conduce a otorgar a las leyes del mercado un valor universal, fundando sobre ellas un ‘império de los negocios’ del mercado que se impone a los Estados-naciones. Estos sólo se convierten expresión de las solidariedades locales, toleradas en tanto no obstaculicen la libre circulación de mercancías y de capitales. En esta perspectiva, el verdadero interés general reside en el respeto universal de las leyes de mercado, y los Estados encarnan simplemente intereses particulares de las naciones; deben, pues, plegarse a las exigencias superiores del libre cambio.” SUPLOT, Alain *et alii*. *Trabajo y empleo*, p. 238.

em um mundo pouco integrado e marcado pela concentração da produção nas empresas, não reúne condições de atender a seus propósitos originários de formulação de um arcabouço mínimo de proteção dos trabalhadores em face dos desígnios empresariais.

Vê-se, ao revés, que os Estados passaram a agir no sentido de buscar a compensação dos efeitos do capitalismo contemporâneo (em especial a desconcentração produtiva e o *law shopping*) por intermédio do desmonte de suas legislações trabalhistas e da precarização das condições de trabalho, a fim de atrair investimentos aptos a manter seus níveis de emprego e de arrecadação tributária.

Diante desse quadro, em que a mobilidade do capital é extremamente simplificada e onde a exploração da mão de obra em mercados carentes de regulamentação trabalhista é amplamente difundida, o direito individual do trabalho não pode mais se contentar com soluções compensatórias, devendo, ao revés, apropriar-se adequadamente dos elementos necessários para fazer frente às novas estruturas do capitalismo surgidas nas últimas décadas.

3.2 – A crise do sindicalismo e do direito coletivo do trabalho

Os mesmos fatores que ocasionaram a crise do direito individual do trabalho a partir da década de 1970 colocaram também em xeque o direito laboral coletivo e seu propósito de compensar a desigualdade dos atores sociais (empregados e empregadores) através da concessão àqueles primeiros das garantias de livre associação, de negociação transindividual e de greve.

De fato, à medida que a crise econômica forçou as empresas a reduzir seus custos por intermédio da desconcentração produtiva, o ambiente no qual os sindicatos surgiram e adquiriram os poderes de aglutinação coletiva e de barganha ao longo do século XX foi sendo paulatinamente desmantelado. Tal vicissitude fez com que as entidades deixassem de lado a busca por novas conquistas para assumir uma postura defensiva, voltada para a preservação do *status quo* e, em alguns casos, de sua própria subsistência.

O fenômeno ora descrito é plenamente constatável a partir do momento em que as empresas deixaram de concentrar a elaboração dos bens de transformação em uma única unidade (fordismo-taylorismo) e passaram a subcontratar outras firmas para a realização das etapas que não se vinculam diretamente à montagem do produto final. Com isto, desaparece a solidariedade até então existente entre os trabalhadores que conviviam lado a lado em uma mesma

fábrica e participavam de todo o processo produtivo, partilhando de condições comuns de vida e trabalho.

A pulverização do processo produtivo através da subcontratação, portanto, atingiu duplamente os sindicatos. Em primeiro lugar, porque a desativação de grande parte dos setores fabris culminou com a dispensa de um enorme contingente de trabalhadores sindicalizados e, em segundo lugar, porque os empregados das firmas subcontratadas ora não integravam sua esfera grupal e territorial de representatividade, ora não dispunham de senso de solidariedade para se unirem à entidade.

Como se já não bastasse, o sindicalismo em seus moldes tradicionais foi atingido, também, pela difusão das contratações de mão de obra por jornada parcial e por duração determinada como alternativas às relações típicas de emprego por tempo integral e duração indeterminada. As referidas formas de contratação foram incorporadas pelas legislações domésticas com fundamento na máxima toyotista a apregoar a utilização da força de trabalho na exata medida da demanda por produção, segundo a metodologia alcunhada de *just in time*.

Nesse mesmo sentido, as empresas passaram a se valer amplamente do instituto da terceirização de mão de obra, para aquelas atividades que não se relacionavam com suas atividades finalísticas, ocasionando, dessa forma, o convívio entre diferentes categorias de trabalhadores, com diferentes vínculos e direitos sob uma mesma organização produtiva¹⁷.

Nas empresas que se valeram dos empregos a tempo parcial e por duração determinada, bem como da terceirização de mão de obra, a solidariedade entre os obreiros tende a desaparecer, na medida em que as expectativas dos trabalhadores contratados por tais modalidades diferem substancialmente dos

17 Segundo Jorge Luiz Souto Maior:

“A terceirização é (...) apresentada como técnica moderna de produção, fruto da reengenharia administrativa das empresas, inseridas num contexto de concorrência global, que lhes exige uma postura de encurtamento de custos e eficiência produtiva. A partir desses postulados, explica-se que uma empresa, para ser eficiente e global, deve preocupar-se com suas finalidades próprias, deixando para ‘parceiras’, outras que sejam periféricas ou menos importantes. E, assim, justifica-se, juridicamente, que uma empresa contrate (denominada, então, tomadora de serviços), mesmo no interior do estabelecimento da primeira, em se tratando de serviços desvinculados da atividade primordial desta.
(...)”

Em concreto, nesta ‘técnica moderna de produção’, há o impedimento de uma vinculação social do trabalhador com o meio ambiente de trabalho, onde passa a maior parte de seu dia. Esta desvinculação inclui pessoas e coisas. Os ‘terceirizados’ são deslocados do convívio dos demais empregados, chamados, ‘efetivos’; usam elevadores específicos; almoçam em refeitório separado ou em horários diversos; não são alvo de qualquer tipo de subordinação, para, como se diz, ‘não gerar vínculo.’” MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 650-651.

desígnios dos empregados tradicionais, detentores de contratos de duração indeterminada e jornada integral.

Diante de tal cenário, os sindicatos passaram a experimentar uma verdadeira crise de identidade, pois a nova realidade produtiva não só dissolvera sua esfera representativa originária, como também enfraquecera substancialmente suas funções de condução da negociação coletiva e de mobilização dos obreiros em torno da greve. Ora, em um contexto de produção pulverizada e de diferentes tipos de trabalhadores nos mesmos estabelecimentos, quem seriam, afinal, os integrantes da coletividade representada? Como as entidades defenderiam seus desígnios diversos e muitas vezes colidentes e poderiam mobilizá-los em torno de interesses comuns?

As circunstâncias ora narradas explicam as razões pelas quais os sindicatos, a partir de então, passaram a assumir uma postura extremamente defensiva em torno das conquistas obtidas anteriormente, recuando em relação a novos avanços. De igual modo, tais vicissitudes explicam plenamente as vertiginosas quedas de filiação experimentadas pelas entidades desde que as empresas reformularam seus processos produtivos.

E se já era difícil para os sindicatos atuarem nesse contexto, a situação só viria a se agravar ainda mais com o incremento da globalização, com a desconcentração produtiva para além das fronteiras nacionais e com a corrida frenética pela redução dos custos de produção por parte das empresas diante da concorrência cada vez mais acirrada. Sob tais circunstâncias, as entidades representativas deixaram de contar com qualquer possibilidade, ainda que remota, de agregar os trabalhadores envolvidos no processo fabril em torno de interesses comuns, o que exige delas um câmbio radical em suas linhas tradicionais de atuação, conforme assevera Rafael Albuquerque:

“Es evidente que el movimiento sindical está atravesando por circunstancias difíciles. Los cambios profundos de la economía mundial y los avances incesantes de la tecnología de punta han disminuído los índices de sindicación y debilitado la eficacia de las acciones de las organizaciones de trabajadores. (...) La intensificación de la competencia y el imperativo de la competitividad ofrece a los sindicatos muy poco espacio para negociar, lo que de por si les debilita frente a sus actuales y potenciales afiliados, pues el éxito de la acción sindical se mide por los resultados que se puedan conseguir en lo que atañe a la protección social de los trabajadores.

Por lo demás, las secuelas de la economía del mercado obligan necesariamente a graves mutaciones en la mentalidad y conducta de la dirigencia sindical, que deben adaptarse rápidamente a una gran diversidad de estructuras económicas, al instrumento cada día más utilizado de la subcontratación, a las expresiones de las agencias temporales de empleo, al trabajo de tiempo parcial y a la contratación precaria, al reemplazo de los capitalistas nacionales por redes de intercambio financiero, de servicios tecnológicos complejos y de informaciones destinadas a las empresas o al consumo individualizado.

La estabilidad en el empleo, las condiciones de trabajo y la protección social se encuentran seriamente amenazadas como resultado de todos estos cambios, defendidos y conceptualizados por la doctrina neoliberal que aboga por un mercado libre en todos los terrenos, con inclusión del trabajo, que según sus partidarios debe ser lo suficientemente flexible por su directa relación con el nivel de empleo, lo que coloca a los sindicatos en la defensiva y trae como consecuencia un declive del sindicalismo reivindicativo, que sin abandonar sus reflejos por la protesta, se muestra mucho más dispuesto que antaño a la participación con miras de preservar lo adquirido en el pasado.¹⁸

No entanto, para além da mudança de postura exigida dos sindicatos diante dos novos desafios carregados pela globalização e pelas alterações substanciais no processo produtivo, o resgate do nobre papel a eles conferido de interlocutor efetivo dos trabalhadores na defesa de seus interesses depende da reestruturação do direito do trabalho frente às novas estruturas capitalistas, sem o que sua atuação restará cada vez mais comprometida.

3.3 – Por uma reestruturação do Direito do Trabalho nos planos internacional e doméstico

Do exposto até então, chega-se à conclusão de que o complexo desenho do capitalismo contemporâneo impõe ao direito do trabalho sua reestruturação. No entanto, resta perquirir quais seriam as formas e os conteúdos a serem assumidos por esse novo marco juslaboralista. Limitar-se-ia ele a promover a flexibilização dos arcaísmos domésticos nos moldes positivistas clássicos, tal como se propunha em ampla medida na década de 1990, ou avançaria em direção à formulação de novas propostas que se mostrem mais adequadas à

18 ALBUQUERQUE, Rafael. *Sindicalismo y globalización*, p. 84-85.

realidade atual, sem abrir mão das pautas humanitárias a integrarem o núcleo protetivo elementar que lhe confere identidade?

Desde já cumpre ressaltar que a proposta a ser formulada descarta a singela edição de normas domésticas destinadas à flexibilização ou à eliminação das garantias legais asseguradas aos trabalhadores e aos seus sindicatos como mecanismos aptos a promover a reestruturação do direito do trabalho. Tais soluções, para além de reproduzirem em dias atuais aquela subserviência que o direito tradicionalmente vem tributando às estruturas econômicas e sociais postas, limitar-se-iam a compensar efeitos ocasionados pelo capitalismo contemporâneo sem interferir diretamente no âmago de tais distorções.

Se o direito do trabalho não logrou acompanhar as mudanças do capitalismo, isto ocorreu justamente porque seus artífices o conceberam, desde o início, como um mecanismo meramente compensatório das distorções sociais e econômicas existentes no estágio da Revolução Industrial a permear o final do século XIX e o início do século XX, na crença de que a singela edição de normas domésticas detalhistas e casuísticas nesse sentido lograria, de per si, promover a melhoria das condições de vida e de labor dos trabalhadores e assegurar-lhes, através da liberdade sindical, da negociação coletiva e do direito de greve, a igualdade de forças em relação ao patronato.

De outro turno, a reprodução de tal lógica pelos intérpretes e aplicadores do direito do trabalho contribuiu significativamente para sua estagnação evolutiva. De fato, a exegese predominante conferida às normas juslaboralistas vem se pautando há muito pela estrita subsunção dos dispositivos existentes às hipóteses fáticas a que elas fazem menção, sem cogitar na extensão de seu conteúdo protetivo às novas situações carreadas pela evolução do capitalismo e da globalização.

Desse modo, a proposta a ser formulada nas linhas supervenientes procurará esboçar mecanismos aptos a interferir diretamente nas estruturas do capitalismo contemporâneo que representam, justamente, os problemas enfrentados pelos trabalhadores e por seus sindicatos na atualidade. Nesse sentido, partir-se-á do pressuposto de que o intuito protetivo a conferir identidade ao direito do trabalho desde sua concepção afigura-se ainda válido, devendo ser, portanto, reavivado no fito de se contrapor eficazmente àquelas vicissitudes.

A reestruturação ora proposta pautar-se-á, assim, pela subsistência do conteúdo histórico-institucional dos princípios fundamentais que conferem nota distintiva ao direito do trabalho e pelo restabelecimento de sua eficácia por intermédio da adoção de mecanismos internacionais de proteção dos trabalhadores

mais agressivos em comparação àqueles existentes no atual sistema da OIT, combinados com a implementação de políticas públicas no plano doméstico voltadas para o combate à precarização do labor e para o restabelecimento do poder de barganha dos sindicatos.

3.3.1 – As soluções no plano internacional

Com a intensificação do processo de globalização econômica e com os avanços tecnológicos que facilitaram sobremaneira a comunicação e a mobilidade dos investimentos, a cadeia produtiva foi estendida a novos mercados. Tal vicissitude ampliou significativamente a concorrência entre os países, gerando uma verdadeira competição em torno da redução dos custos de produção, o que vem ocasionando a utilização de formas exploratórias e indignas de mão de obra, principalmente nos países asiáticos¹⁹.

Muito embora tal situação prejudique não só os trabalhadores dos países receptores dos investimentos predatórios de sua mão de obra como também os obreiros daqueles países que mantêm um arcabouço protetivo, e seja de conhecimento público e notório, os instrumentos internacionais atualmente existentes – em especial aqueles a integrarem o sistema da OIT – carecem de mecanismos aptos a evitar, ou mesmo a mitigar, práticas nocivas como o *dumping* social e o *law shopping*.

Tal lacuna deveria ser preenchida, antes de tudo, pela implementação das chamadas “cláusulas sociais” nos tratados firmados pelos países membros da Organização Mundial do Comércio – OMC, bem como nos acordos bilaterais e multilaterais, tendo por conteúdo, justamente, a obrigação por parte dos estados signatários de observância estrita e efetiva àqueles preceitos elencados pela OIT em sua “Declaração de Princípios Fundamentais”, de 1998, bem como

19 Segundo Patrick Macklem, isto ocorre pelos seguintes fatores:

“Os estados que viabilizam o *dumping* social possibilitam que as firmas subvalorizem o custo do trabalho, de modo a competir em quesitos que não se relacionam com a produtividade. A subvalorização ocorre quando uma empresa paga aos seus trabalhadores uma remuneração menor do que aquela paga por outra empresa cujos trabalhadores possuem as mesmas habilidades e os mesmos níveis de produtividade. Um país que não proíbe a subvalorização ao autorizar as empresas nele sediadas a desconsiderar os padrões mínimos juslaboralistas, tais como, por exemplo, a igualdade no pagamento de salário, obtém uma vantagem comparativa em relação aos países que protegem seus trabalhadores contra a subvalorização.”

No original: “States that facilitate social dumping enable firms to undervalue the cost of labour and thereby compete in ways that are not related to productivity. Undervaluation occurs when a firm pays workers less than another firm whose workers possess comparative skills and productivity levels. A state that fails to prohibit undervaluation by authorizing firms to disregard international labour standards relating, say, to equal protection for equal work, gains a comparative advantage over states that protect against undervaluation.” MACKLEM, Patrick. *Labour law beyond borders*, (2002), 624.

na “Declaração sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa”, de 2008, e no “Pacto Mundial para o Emprego”, de 2009²⁰.

Desse modo, o livre acesso dos produtos oriundos dos países integrantes da OMC aos mercados consumidores ficaria condicionado à observância, por parte dos Estados produtores e exportadores, ao direito à liberdade sindical em seus aspectos individuais e coletivos, ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, à “eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório”, à “abolição efetiva do trabalho infantil” e à “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”²¹.

Para além disso, as cláusulas sociais exigiriam, com base nos sobreditos documentos da OIT, a observância dos países signatários às diretrizes concernen-

20 Segundo Rajib Sanyal:

“As cláusulas sociais são provisões apostas em tratados de livre-comércio internacionais, multilaterais ou bilaterais, que vinculariam os padrões mínimos de trabalho humano à liberalização do comércio internacional. Em outras palavras, os países pobres (e os países exportadores) deveriam observar as pautas laborais internacionalmente reconhecidas para, em contrapartida, terem franco acesso aos mercados dos países desenvolvidos. A inobservância a tais cláusulas ocasionaria sanções comerciais e perda do acesso a mercados por parte do país exportador.”

No original: “Social clause refers to a provision in international bilateral and multilateral trade treaties that would link labor standards to liberalization of international trade. In other words, usually poor countries (and countries that export) would agree to abide by internationally agreed upon labor standards and in return would gain trading access to the markets of developed countries. Failure to abide by such labor standards would result in trade sanctions and loss of market access for the exporting country”. SANYAL, Rajib. *The Social Clause in Trade Treaties. Implications for International Firms*, 29:379-389.

21 O debate em torno da adoção das cláusulas sociais nos tratados de livre-comércio teve lugar no âmbito do GATT e da OMC na primeira metade da década de 1990, opondo, de um lado, os países industrializados e seus sindicatos e, do outro, os países ditos “emergentes” e as empresas multinacionais.

Atualmente, a discussão naquele fórum foi “sepultada” em 1995, na Conferência Ministerial da OMC realizada naquele ano em Cingapura, cuja declaração deixou assente que:

“Nós renovamos nosso compromisso quanto à observância dos direitos laborais, em seu aspecto nuclear, reconhecidos internacionalmente. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o organismo competente para estabelecer e lidar com tais direitos, e nós afirmamos nosso apoio a tal desígnio. Nós acreditamos que o crescimento econômico e o desenvolvimento é incentivado pelo livre-comércio e que as medidas de liberalização do comércio futuras contribuirão para a promoção de tais direitos.”

Vê-se, portanto, que o conteúdo da declaração formulada em 1995 reproduz aquela clássica crença liberal em torno da possibilidade de que o mercado supere, ele mesmo, as distorções do sistema capitalista por intermédio da atividade econômica e da circulação das riquezas.

No entanto, a experiência acumulada nos últimos dezessete anos demonstra que entre 1995 e 2012 houve efetivamente um crescimento do livre-comércio acompanhado do enriquecimento de vários países ditos “emergentes”, em especial os chamados “BRICS”, sem que houvesse, em contrapartida, a mitigação dos problemas sociais que neles persistem e muito menos o reforço e a consolidação dos direitos laborais. Pelo contrário, o cenário que se descortina na atualidade é o da subsistência da concentração de renda nas camadas mais altas da população e da dilapidação cada vez maior das garantias trabalhistas em função, justamente, do *dumping* social, acrescido, mais recentemente, do discurso da “crise econômica”.

Vide, nesse sentido: LEARY, Virginia. *The WTO and the Social Clause: Post Singapore*, 8(1):118-122.

tes ao desenvolvimento sustentável, ao respeito ao meio ambiente, à observância àqueles direitos inerentes à dignidade individual dos trabalhadores (jornada máxima, salário adequado ao custo de vida nacional, segurança e higiene do labor, lazer, etc.), à igualdade de gênero e à proteção dos indivíduos em situação vulnerável – em especial os trabalhadores pouco qualificados, os idosos e os jovens²².

A fim de assegurar efetividade às cláusulas sociais, os tratados de livre-comércio deveriam conter dispositivos aptos a legitimar a adoção imediata, por parte dos estados prejudicados, de represálias aos países exportadores que se valessem do *dumping* social como forma de baratear o custo de exportação de seus produtos, assegurando-se a estes últimos o amplo acesso aos órgãos contenciosos da OMC, caso tomem por injustas ou desproporcionais as medidas impostas pelos países importadores.

Dentre as medidas passíveis de serem implementadas contra os países praticantes do *dumping* social, poder-se-ia cogitar no estabelecimento unilateral, por parte dos Estados prejudicados, de tarifas e alíquotas tributárias majoradas para os produtos oriundos daqueles mercados, ou, em casos mais extremos, da proibição quanto à importação de bens daquelas jurisdições onde a mão de obra é explorada de forma aviltante.

De outro turno, os tratados de livre-comércio deveriam conter dispositivos que estabelecessem, para os Estados signatários, o dever de adotar em suas legislações internas mecanismos que imponham às suas empresas multinacionais a elaboração de “códigos de conduta”, a definirem os padrões mínimos de direito do trabalho que serão observados em seus negócios no exterior, tendo como piso, naturalmente, aquelas diretrizes previstas na “Declaração de Princípios Fundamentais”, de 1998, na “Declaração sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa”, de 2008, e no “Pacto Mundial para o Emprego”, de 2009, todas da OIT²³.

22 Sobre o conteúdo das cláusulas sociais, Erika de Wet ressalta que estas deveriam levar em conta, pelo menos, o direito à liberdade sindical e à negociação coletiva, nos termos das Convenções ns. 87 e 98 da OIT, a prevenção contra o trabalho forçado (Convenções ns. 29 e 105), a proibição de discriminação (Convenções ns. 100 e 111) e a introdução de uma idade mínima para o trabalho (Convenção n° 138). WET, Erika de. *Labor Standards in the globalized economy*, 17.3:443-462.

23 Algumas empresas multinacionais, em especial aquelas que operam no ramo do vestuário e se valem da subcontratação de outras firmas situadas, principalmente, em nações asiáticas e latino-americanas estabeleceram códigos de conduta após terem vindo à tona as péssimas condições de trabalho a que estavam submetidos seus “colaboradores” daqueles países, cuja divulgação pela imprensa internacional causou péssima repercussão em seus maiores mercados consumidores.

Vide, nesse sentido: SANYAL, Rajib. *The Social Clause in Trade Treaties. Implications for International Firms*.

E paralelamente a tudo isso, a OIT e a OMC poderiam articular a criação de um organismo especificamente voltado para a fiscalização internacional do trabalho, com poderes de inspeção estabelecidos nos moldes do Estatuto da Agência Internacional de Energia Atômica da ONU, a fim de auditar em concreto a observância por parte dos Estados ao conteúdo das cláusulas sociais e dos “códigos de conduta”, bem como de auxiliar aquelas instâncias supranacionais no desempenho de suas tarefas arbitrais e contenciosas²⁴.

Com a adoção efetiva de tais medidas no plano internacional, cujo delineamento carece, certamente, de definições mais precisas, a reprodução dos mecanismos predatórios de *dumping* social e de *law shopping* – a integrarem as estruturas do capitalismo contemporâneo – poderão ser eficazmente inibidos e não serão mais empecilhos para que os Estados reavivem o escopo tutelar do direito do trabalho em seus aspectos individuais e coletivos.

De fato, em um mundo onde todos os países (ou, pelo menos, aqueles que detêm maior relevância no comércio internacional) venham a seguir padrões mínimos de respeito à dignidade dos trabalhadores e ao livre exercício das atividades sindicais e reivindicatórias, o capital, mesmo com sua mobilidade facilitada, não encontrará espaço para obter custos menores de produção por intermédio da exploração depreciativa da mão de obra humana.

3.3.2 – As soluções no plano doméstico

Uma vez anexadas as cláusulas sociais aos tratados multilaterais de comércio internacional, caberá aos Estados implementar, no plano interno, políticas públicas destinadas a promover, primeiramente, a efetiva concretiza-

24 A propósito, Patrick Macklem assinala que:

“Os organismos internacionais vêm há muito se deparando com o grande espaço existente entre a formulação e a implementação das normas de direitos humanos, e a OIT não é uma exceção a tal regra. Os padrões mínimos do direito do trabalho, não importa se estabelecidos textualmente de forma genérica ou específica, demandam instituições não só aptas a monitorar a adequação do Estado às suas diretrizes, mas também a assegurar a implementação destas últimas. A presença de tais padrões mínimos nas normas internacionais é uma condição necessária, mas não suficiente para sua implementação. Eles devem contar com mecanismos institucionais internacionais e domésticos para serem bem-sucedidos na tarefa de promover um trabalho justo.”

No original: “International institutions have long grappled with the wide gulf between the articulation and implementation of human rights norms, and the ILO is no exception. International labour standards, whether generally or specifically worded, require institutions that will not only monitor state compliance but also ensure their implementation. The international presence of such standards is a necessary but not sufficient condition of their implementation; they must engage with international and domestic institutional mechanisms to be successful in promoting justice at work”. MACKLEM, Patrick. *Labour law beyond borders*, (2002) 606-645.

ção das diretrizes formuladas naqueles três documentos essenciais da OIT e, posteriormente, a legítima proteção de suas relações de trabalho em face do *dumping* social.

Antes de tudo, os países deverão envidar esforços sérios e efetivos para eliminar o trabalho infantil e forçado, bem assim as práticas discriminatórias de qualquer natureza em matéria de emprego, para além de assegurar em sua plenitude o exercício da liberdade sindical em seus aspectos individual e coletivo (inclusive no que diz respeito à negociação coletiva e ao exercício de greve), o gozo dos direitos laborais inerentes à dignidade individual dos trabalhadores e a tutela do meio ambiente do trabalho.

Nesse sentido, não se concebe que um Estado cujo ordenamento ignora tais diretrizes e cujas autoridades não demonstram interesse em implementá-las de modo efetivo possa se valer das cláusulas sociais para restringir o acesso de outros países a seu mercado. Ter-se-ia, nesse caso, contradição frontalmente lesiva ao postulado da boa-fé que permeia não só o comércio global como também as relações entre as pessoas jurídicas de direito público internacional.

Cumprido recordar que, na vigência das cláusulas sociais editadas sob o influxo das diretrizes principiológicas emanadas da OIT naqueles três documentos essenciais de 1998, 2008 e 2009, os Estados que não se adequarem a tais preceitos correrão sérios riscos de ter seu acesso aos principais mercados consumidores restringido e, em casos mais extremos, até mesmo bloqueado.

Atendidas aquelas diretrizes tutelares por parte do Estado em um nível satisfatoriamente mínimo, deverá este adotar políticas destinadas a restringir o acesso ao seu mercado interno por parte dos países que praticam o *dumping* social, caracterizado, conforme visto, pela inobservância a qualquer um daqueles preceitos elementares.

Nesse particular, as medidas a serem adotadas com respaldo internacional nas cláusulas sociais poderiam consistir na tarifação ou na tributação diferenciada dos produtos oriundos daquelas nações, por intermédio da adoção de uma tabela que majoraria as alíquotas segundo o grau menor ou maior de observância àquelas diretrizes consolidadas pela OIT. Desse modo, a vantagem concorrencial e a redução dos custos produtivos obtidos pelos países exportadores com a exploração desumana da mão de obra seriam significativamente reduzidos ou mesmo eliminados, o que acabaria por desestimular sistematicamente a prática de *dumping* social e, por conseguinte, o *law shopping*.

Em casos extremos, poder-se-ia cogitar até mesmo na proibição de importação de certos bens oriundos de países que protagonizassem violações

extremas ao objeto tutelado pelas cláusulas sociais. Tal hipótese teria lugar, a título exemplificativo, ao se constatar que um determinado bem é fabricado com a utilização de mão de obra infantil ou escrava ou que as condições laborais nas fábricas são extremamente penosas a ponto de colocar em risco efetivo a vida e a integridade física dos trabalhadores.

De outro turno, as políticas a serem adotadas pelo Estado no resguardo de suas relações justas de trabalho deveriam estabelecer severas sanções cíveis e mesmo criminais àquelas empresas sediadas em sua jurisdição que se valerem, no exterior, de formas de trabalho contrárias àqueles *standards* mínimos de proteção, de modo a prejudicar não só os trabalhadores do país receptor como a coletividade obreira diretamente afetada no plano doméstico e, em última instância, toda a sua sociedade.

De modo mais preciso, as legislações domésticas (e, naturalmente, os aplicadores do direito) poderiam classificar tais práticas – em rol exemplificativo – como violação a interesses coletivos e difusos e possibilitar aos sindicatos obreiros e ao Ministério Público o ajuizamento de ações de indenização por dano moral coletivo, estabelecendo-se a reversão dos montantes a um fundo criado especialmente para a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores e à sociedade de maneira geral²⁵.

Em complemento a tais medidas, as políticas estatais em apreço deveriam condicionar a atuação das empresas que pretendem operar no exterior à adoção de um código de conduta, a prever que sua atuação para além das fronteiras nacionais pautar-se-ia, no mínimo, pela observância àquelas diretrizes elementares elencadas pela OIT em suas declarações de 1998, 2008 e 2009, sob pena de sanções cíveis e criminais no plano doméstico.

Com a implementação dos mecanismos ora cogitados, em complemento às cláusulas sociais a serem apostas nos tratados multilaterais de livre-comércio, o direito do trabalho deixará de ser compreendido como um mero arcabouço

25 O interesse coletivo em questão é aquele titularizado pela coletividade obreira eventualmente prejudicada pelos investimentos feitos por parte da empresa no exterior com vistas a reduzir seus custos produtivos à custa da exploração predatória de mão de obra oferecida pelo país receptor.

A fim de ilustrar tal situação, poder-se-ia pensar em uma firma hipotética do setor de confecções que encerra uma unidade produtiva em um determinado país e a transfere para outro que tolera ou incentiva a prática de *dumping* social. Nessa situação, os empregados demitidos no país de origem seriam os titulares do interesse coletivo em sentido estrito vilipendiado pela empresa.

O interesse difuso, por sua vez, caberia a toda a sociedade do Estado de origem, que, com a transferência da empresa para aquele país patrocinador de práticas lesivas aos direitos mínimos dos trabalhadores, deixou de se beneficiar com o montante dos tributos que seriam arrecadados da firma, caso ela permanesse sob sua jurisdição.

compensatório das distorções presentes no capitalismo industrial para se transformar em um verdadeiro conjunto de políticas públicas (no plano internacional e doméstico) destinado a promover a efetiva superação dos perigos sociais inerentes à abertura dos mercados e ao atual estágio alcançado pela globalização econômica.

Não se trata de abandonar o intuito protetivo e nem tampouco o conteúdo histórico-institucional do direito do trabalho que surgiu no século XIX como resultado das longas lutas por justiça social e que lhe confere, ainda hoje, a nota distintiva em relação às demais disciplinas. Pelo contrário, o que se pretende com tal proposta de reformulação conceitual é vivificar as instituições juslaboralistas de modo a fazer com que elas sejam aptas não apenas a compensar os defeitos do capitalismo globalizado a caracterizar os dias atuais como também a atacar efetivamente as novas estruturas do sistema que surgiram nas últimas décadas e, desde então, vêm obstando significativamente a melhoria das condições de vida e de trabalho dos obreiros tanto nos países de industrialização remota como nos chamados “emergentes”.

CONCLUSÃO

O estágio atingido pelo processo de globalização econômica nos dias atuais e a mobilidade do capital através das fronteiras tornou, indubitavelmente, obsoleta a concepção meramente compensatória do direito do trabalho. Diante desse cenário, a impotência das normas domésticas de cunho laboral e do sistema normativo de *soft law* atualmente existente no sistema da OIT para lidar com as novas distorções do capitalismo ficou patente em face dos efeitos devastadores que o *dumping* social causou tanto nas nações de industrialização tardia ou com certo grau de industrialização há algum tempo (v.g.: subcontratação, altos níveis de desemprego, precarização do trabalho, desmonte do Estado de Bem-Estar Social, crise do sindicalismo, etc.) quanto nos países ditos “emergentes” (v.g.: exploração predatória do trabalho, utilização de mão de obra infantil e escrava, submissão da vida e da integridade física dos obreiros a altos riscos, inexistência de representação sindical, etc.).

Para assegurar a função a que o direito do trabalho se propôs no século XIX – e que se manterá atual não apenas hoje ou amanhã, mas enquanto o labor humano for objeto de arregimentação – faz-se necessário atacar diretamente as estruturas do capitalismo hodierno que vêm causando a progressiva dilapidação das condições de vida e de trabalho dos obreiros em todos os rincões do globo terrestre submetidos ao jugo do “livre-mercado”.

E tal ataque àquelas estruturas dar-se-á pela formulação de um sistema complementar de políticas internacionais e domésticas que, se aplicado em sua plenitude, terá o condão de neutralizar as vantagens competitivas obtidas pelos países praticantes do *dumping* social, de modo a abrir espaço para que a utilização da mão de obra humana observe *standards* mínimos de proteção, onde quer que seja ela empregada.

Não se trata de uma revisão geral do sistema capitalista que, afinal de contas, é pressuposto do próprio direito do trabalho. A proposta ora formulada visa apenas (como se isto fosse pouco) promover a reconfiguração daquelas estruturas assumidas pelo capitalismo nas últimas décadas que, ao permitirem o livre e desimpedido trânsito do capital mundo afora, trouxeram consigo o *dumping* social, o *law shopping* e, com isto, a tendência à dispersão global da precarização do labor humano e o enfraquecimento das entidades de representação coletiva dos trabalhadores.

No entanto, em que pesem as propostas ora formuladas e as dificuldades inerentes à sua efetiva implementação, a efetividade do direito do trabalho nos dias atuais depende mais da mudança de postura por parte de seus intérpretes e aplicadores do que de uma complexa reengenharia internacional e doméstica dos preceitos juslaboralistas, cuja formulação de nada adiantará se seus cultores se mantiverem atados a uma racionalidade formalista e casuística no que concerne à compreensão de seus preceitos e institutos.

Trate-se, nesse sentido, de reconhecer a existência de um conteúdo histórico-institucional por detrás dos princípios gerais de direito do trabalho presentes nas principais democracias do globo e que impõe aos seus aplicadores/intérpretes o dever inerente à “tomada de posição em conformidade com seu *ethos*” diante dos casos concretos a ele submetidos, sempre no sentido de vivificar aquele conteúdo diante das novas hipóteses que a realidade cambiante for apresentando, segundo a precisa dicção de Zagrebelsky²⁶.

E muito certamente, o cotejo entre o conteúdo histórico-institucional dos princípios constitucionais de índole social e as distorções inerentes ao atual estágio do capitalismo apontará para a incompatibilidade destas últimas em relação àquele primeiro. Basta, portanto, vivificar o conteúdo histórico-institucional do direito do trabalho nas situações concretas e aquelas estruturas restarão abaladas. Se tal postura vier a ser adotada, a proposta de redefinição conceitual formulada no presente teria um papel meramente auxiliar nesse sentido.

26 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, p. 118-119.

DOUTRINA

Pode-se até objetar o que foi dito acima sob a alegação de que as propostas ora formuladas beiram o impossível, senão mesmo o utópico. No entanto, há de se reconhecer que, ante a complexidade assumida pelas estruturas do capitalismo nos dias atuais, as soluções fáceis para a neutralização de suas distorções não se encontram disponíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Rafael. “Sindicalismo y Globalización”. In: ALBUQUERQUE, Rafael; DE BUEN, Nestor. *El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio*. México: Porrúa, 2000.
- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. A formação da Tradição Jurídica Ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*. Tomo II. 14. ed. México: Porrúa, 2006.
- LEARY, Virginia. “The WTO and the Social Clause: Post Singapore”. In: *European Journal of International Law*. 8(1): 118-122. Cambridge: Oxford University Press, 1997.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Direito do Trabalho e ideologia*. Coimbra: Almedina, 2001.
- LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du Travail*. 19. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- MACKLEM, Patrick. “Labour law beyond borders”. In: *Journal of International Economic Law* (2002) 606. Cambridge: Oxford University Press.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. Teoria Geral do Direito do Trabalho. v. I – Parte I. São Paulo: LTr, 2011.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- SANYAL, Rajib. “The Social Clause in Trade Treaties. Implications for International Firms”. In: *Journal of Business Ethics*. 29: 379-389. Amsterdam: Kluwer, 2001.
- SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Liberdade sindical e representação dos trabalhadores no local de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- SUPIOT, Alain. *El Espíritu de Filadelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.

DOCTRINA

_____; et alii. *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

VON POTOBOSKY, Geraldo; DE LA CRUZ. Héctor Bartolomei. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990.

WET, Erika de. "Labor Standards in the globalized economy: The inclusion of a social clause in the General Agreement on Tariff and Trade/World Trade Organization". In: *Human Rights Quarterly*. 17.3: 443-462. Baltimore: John Hopkins University Press, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

DIREITOS COLETIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIÁLOGO DAS FONTES E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“Um direito *ex cathedra*, um direito reduzido a teorias abstractas, esquece que os problemas dos homens e da *polis* se situam no terreno da experiência humana e não nas alturas de um *saber sábio* do direito. Em síntese: procura-se um direito *bem pesado*, não dissolvido nem nas pressões utilitaristas de um *direito descartável* nem nas nebulosas abstractas das teorias que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*)

1 – INTRODUÇÃO

No início de sua edificação o sistema brasileiro separava, com precisão cirúrgica, os critérios de justiça comutativa, aplicáveis às relações jurídicas entre indivíduos, e os referentes à justiça distributiva, destinados a reger as relações entre o Estado e o cidadão.

Entretanto, o Direito do Trabalho nunca os considerou em compartimentos estanques.

Talvez por ter nascido de movimentos coletivos desencadeados por aqueles que, irmanados pelas mesmas situações adversas, atuavam em solidariedade lutando por melhores condições de vida e trabalho.

Talvez por ter surgido para contribuir de maneira significativa com a consolidação do regime democrático no alvorecer da nossa república, combatendo a mentalidade que identificava o trabalhador com o escravo, quebrando o estigma que discriminava aqueles que necessitavam trabalhar para viver como cidadãos de segunda categoria, em permanente estado de sujeição.

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas – 15ª Região; doutora em Direito do Trabalho pela USP – Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo; membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho – Cadeira 70.

A verdade é que desde sua gênese o Direito do Trabalho imbricou critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva, o que causou muita perplexidade aos arautos do direito privado no Brasil, que sempre fizeram questão de lhe devotar certo ar de desdém e pouco caso pelo *pecado original* deste hibridismo, que priorizava a realidade fática e as peculiaridades do entorno social de cada conflito em detrimento de marcos teóricos, desafiando o conceito unívoco de um direito “puro e reto” de matriz kelseniana, que dominou o cenário jurídico no século passado.

2 – UM DEBATE REVISITADO

Explica o sociólogo Zygmunt Bauman¹ que na sociedade contemporânea “as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir (...) em que num piscar de olhos os ativos se transformam em passivos, e as capacidades em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas, antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente”, concluindo tratar-se de um viver em condições de incerteza constante, que exige frequente “negociação e conciliação de interesses” diferentes numa “realidade porosa”, em que nos sentimos “patinando sobre gelo fino”, situação que coloca nossa segurança na velocidade, pois reduzi-la “significa a ameaça real de afogar-se”.

O surgimento dessa sociedade complexa e instável vem demonstrar, de maneira cada vez mais assertiva, que a legitimidade do direito depende da permeabilidade da norma à realidade que visa regular, sendo que o mundo dos fatos não é puro, muito menos reto.

Assim sendo, o desafio consiste em saber como preservar o *enforcement* da norma, num ambiente ambíguo e difuso, paradoxal e caótico, no qual as relações sociais e trabalhistas se articulam/rearticulam em rede, trazendo para o centro do debate novos tangenciamentos dos critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva, notadamente quando se trata de analisar a constitucionalização dos direitos fundamentais, entre os quais foram expressamente incluídos os coletivos, ante a similitude das condições de vida nos novos modos de trabalhar, nos quais a mesa ou a bancada de serviços são transportadas na palma da mão, trazendo novos horizontes para o mundo do trabalho.

1 BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*, p. 7-8; *Modernidade líquida*, p. 177, 203 e 239.

3 – NOVOS HORIZONTES

Ao abrir as portas da justiça aos não proprietários, anteriormente excluídos do marco normativo civil, o direito do trabalho judicializou a questão social e a política que lhe era subjacente, transformando a força de trabalho em passaporte para a aquisição da cidadania.

Mas não é só.

A Carta de 1988 deu um passo além ao constitucionalizar a interlocução entre justiça comutativa e justiça distributiva, quando elevou o direito coletivo ao patamar de fundamental, notadamente em seus arts. 7º, 8º e 9º.

Esse novo horizonte veio demonstrar que não bastava apenas o reconhecimento jurídico formal do direito, sendo imprescindível a sua real concreção substantiva, o que exige a superação da visão meramente contratualista.

Essa diretriz está escorada também na melhor doutrina, como enfatiza o constitucionalista Zagrebelsky², ao ressaltar que o direito deixa de ser estático e se torna dinâmico, voltado para a realidade efetiva, de modo que as consequências práticas “não são de modo algum um aspecto posterior, independente e carente de influência sobre o próprio direito, mas um de seus elementos qualificativos. Não se trata de conferir ao fático uma prioridade sobre o normativo, mas de manter uma concepção do direito que permita que esses dois elementos não sejam considerados irrelevantes um para o outro” como anteriormente ocorria. Assim, não basta considerar apenas o *direito dos livros*, mas sim o ter em conta o *direito em ação*, não basta uma *realidade lógica*, sendo também necessária uma validade prática para que o direito possa oferecer respostas ao eterno dilema que contrapõe liberdade e segurança.

Como bem destaca Lenio Luiz Streck³ no caso específico do Brasil, “a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.

4 – LIBERDADE X SEGURANÇA: A FUNÇÃO PROMICIONAL DO DIREITO

O desafio do direito, desde seus primórdios, consistiu em traçar caminhos para o difícil equacionamento do eterno embate entre liberdade e segurança,

2 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*, p. 122.

3 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*, p. 21 e seguintes.

tanto no que se refere aos critérios de justiça comutativa quanto de justiça distributiva, cujo entrelaçamento, em matéria trabalhista, se dá preponderantemente na arena dos direitos coletivos que, constitucionalizados como fundamentais, vêm exigindo a passagem da perspectiva estrutural para a visão promocional do Direito.

Nesse sentido as observações de Norberto Bobbio⁴, ao ressaltar que o modelo estrutural baseado apenas na imposição de sanção se revelou insuficiente para oferecer respostas às novas questões sociais, pautadas por uma intensa mobilidade de desafios e interesses, que demandam uma atuação mais propositiva, mediante a implementação da função promocional do direito. Destarte, ao invés de mirar apenas na estrutura (como o direito é feito) é preciso focar principalmente na função (para que o direito serve). Por consequência, o direito deixa de atuar apenas *a posteriori* para dirimir um conflito já instalado, e passa a funcionar também de forma preventiva, como indutor de comportamentos que possam evitar a eclosão de litígios.

Ademais, as questões afetas aos direitos trabalhistas que abarcam interesses coletivos produzem impacto nas discussões acerca do desenvolvimento nacional, num momento em que o Brasil se apresenta em posição relevante no cenário mundial.

Amartya Sen⁵, ganhador do Prêmio Nobel de economia, um dos idealizadores do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) adotado pela ONU para avaliar as condições de vida da população, ressalta que o “desempenho econômico, a oportunidade social, a voz política e a argumentação racional pública estão profundamente inter-relacionados”, porque o desenvolvimento de um país não pode ser medido apenas pelo crescimento do PIB, ou aumento da renda pessoal, constituindo-se num “processo de expansão das liberdades reais”, que possam ser efetivamente traduzidas em melhor qualidade de vida, conceito cuja formatação passa pelo direito trabalhista, pois implica em assegurar condições de trabalho decente.

Pondera Luiz Werneck Vianna⁶, como o princípio da justiça social foi inserido no ordenamento jurídico nacional pelo direito do trabalho, as “relações sociais passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas, em vez de permanecerem dependentes da esfera privada” de modo que as “duas democracias da Constituição – a da representação e da participação, mesmo

4 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*, p. 53-73, 100, 270.

5 SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, p. 385.

6 VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 17 e 44.

que esta última esteja ali como dependente da mediação do direito – não estão em oposição, nem formal nem substantivamente”.

Tais questionamentos se intensificam quando o Brasil passa a sediar a Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável – Rio+20 – que, por ter o escopo de discutir novos parâmetros para uma *economia verde*, não pode deixar de inserir, na divulgada proposta de criação de um *piso de proteção socioambiental*, as condições referentes ao meio ambiente de trabalho, no qual as pessoas passam a maior parte de sua vida produtiva, o que se reveste de importância significativa no presente momento de intensificação do ritmo das obras exigidas pela Copa do Mundo de 2014.

Conforme ressaltai em artigo sobre o tema⁷, a garantia de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, conforme estabelecido no inciso XXII do art. 7º da CF/88, alberga também direitos coletivos fundamentais, provocando consequências que ultrapassam a relação contratual individual trabalhista. Com efeito, por acarretar a concessão de uma massa significativa de benefícios previdenciários, gera passivo econômico a ser suportado por toda nação (na sempre recorrente equação de privatizar lucros e socializar prejuízos), além de trazer elevado custo social por abreviar a vida produtiva e comprometer a empregabilidade de muitos cidadãos, vitimados pelo infortúnio dos acidentes e doenças profissionais, trazendo para a seara jurídica trabalhista discussões acerca da função social do contrato, função social da propriedade e adoção dos programas de *compliance*, que valorizam a cultura empresarial baseada na ética.

Ao alçar os direitos coletivos ao patamar de fundamentais, a Constituição Federal de 1988 torna imperiosa a passagem da estrutura para a função, trazendo novos elementos para compor o conceito do jurídico e, assim, integrar o processo decisório, abrindo caminhos para o diálogo das fontes.

5 – DIÁLOGO DAS FONTES

Em matéria trabalhista, o imbricamento dos critérios de justiça comutativa com os de justiça distributiva se faz preponderantemente na arena dos direitos coletivos, agora tidos como fundamentais. Por isso, questões afetas à representação sindical, exercício do direito de greve e negociação/contratação

7 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. *Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção*.

coletiva devem ser analisadas sob a perspectiva da função promocional do direito, mediante o estímulo ao diálogo entre as fontes normativas.

Portanto, questões afetas à representação e atuação dos sindicatos, extensão e limites dentre os quais se dá a liberdade sindical (e o arrastado debate acerca da ratificação da Convenção 87 da OIT) só serão equacionadas quando analisadas sob esta nova perspectiva, que deixa de focar apenas a estrutura (como é organizado) para considerar também a função (para o que serve). Não se pode perder de vista que os incisos I e II do art. 8º da CF/88 retratam com fidelidade a ambiguidade existente em nossa realidade fática, em decorrência das peculiaridades culturais do Brasil. É ingenuidade acreditar que essa ambiguidade possa ser superada por uma “penada teórica”, pois tal escopo só pode ser obtido mediante um processo de maturação dos pontos de consenso, costurados pela atuação da função promocional do direito, que vai possibilitar o exercício da liberdade na sua conotação substantiva, ou seja, permeada pela garantia da segurança jurídica, tarefa para a qual a jurisprudência pode dar contribuição significativa.

O mesmo movimento ocorre em relação ao equacionamento das dimensões do direito de greve previsto no art. 9º da CF/88, notadamente quando o marco teórico se apresenta descolado do mundo dos fatos, que demonstram a extrapolação do limite meramente contratual e o espraiamento de efeitos em relação a terceiros, evidenciando a insuficiência dos critérios postos pela justiça comutativa e a necessidade de sua articulação com os critérios norteadores da justiça distributiva.

Importante registrar também que a expressa referência à negociação/ contratação coletiva lhe confere papel de destaque entre as fontes normativas do direito trabalhista. Ao fixar a irredutibilidade do salário, “salvo o disposto em convenção e acordo coletivo”, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, “salvo negociação coletiva”, e a duração da jornada, facultando a compensação “mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º concretizam o projeto constitucional de “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” como direito fundamental fixado no inciso XXVI do mesmo artigo, assim fixando parâmetros para a operacionalização do diálogo das fontes.

O diálogo das fontes confere ao sistema a maleabilidade necessária para a busca de soluções nos casos de maior complexidade. Assim, se antes o labor em jornada extraordinária só ensejava o pagamento como forma de contraprestação, passa a ser sustentável a estipulação negociada no sentido de que a contraprestação possa se dar de outras formas, como a concessão de mais folgas ao invés de pagamento, quando determinada categoria considera que o gozo de maiores períodos de descanso atende melhor aos seus interesses naquele dado momento social e econômico.

Em relação aos salários, quando há crise econômica é possível priorizar a manutenção do emprego em proveito de todos, em detrimento do aumento salarial em benefício de alguns.

Nesse contexto, os acalorados debates pautados pela mentalidade de exclusão, no sentido de ter que escolher se deveria prevalecer “o acordado ou o legislado”, apontam para um foco equivocados, pois não se trata de optar por um em detrimento de outro, mas de construir um processo de coexistência de ambos para que possa ser implementado o legislado *e também* o acordado, mediante um permanente diálogo das fontes normativas, que deve ocorrer de forma dinâmica e não estática. Com efeito, depende da ponderação das variáveis fáticas e jurídicas de cada caso concreto, a fim de garantir a consonância entre o marco normativo e a realidade, para que o direito atue na superação da insegurança jurídica, que precariza o exercício da liberdade.

Trata-se de um processo complexo e delicado destinado a preservar a eficácia do ordenamento jurídico como marco regulatório, mantendo sua legitimidade, tarefa para a qual a atuação da jurisprudência se reveste de relevância.

Explica Claudia Lima Marques⁸ que o diálogo das fontes “significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes normativas (...), seja complementarmente, seja subsidiariamente”, possibilitando a busca de uma solução “flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação”.

Com efeito, consiste num “método de interpretação sistemático (...) aberto à influência dos fatos e de suas circunstâncias”, de modo que “a conformidade à Constituição e ao seu sistema de direitos e garantias fundamentais não se obtém pela interpretação de um determinado sentido da norma em abstrato”, mas por sua aplicação a um caso concreto, para que a solução represente “dentre as interpretações possíveis, a que melhor realize dado projeto constitucional”, esclarece Bruno Miragem⁹.

Tal se dá porque uma “das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante”, que tem na interpretação, conforme a constituição, “um de seus mais férteis instrumentos”, de modo que toda legislação infraconstitucional, mesmo quando “editada em contexto axiológico diverso”, deverá ser submetida a uma

8 MARQUES, Claudia Lima. *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme*, p. 19.

9 MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*, p. 79-82.

“filtragem constitucional”, ou seja, revisitada “a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e, em especial, nos direitos fundamentais que esta consagra”, explica Daniel Sarmento¹⁰.

6 – A ATUAÇÃO DO DIREITO COMO MARCO DE CONDUTA

Gestado no ventre do conflito coletivo, o direito do trabalho sente com maior contundência a premência dessas questões, que exigem a implementação da mudança de perspectivas, caminho que não pode ser traçado por teóricas elucubrações cerebrinas, mas por possibilidades concretas dadas pelo próprio sistema, mediante o diálogo das fontes.

Nesse espeque, Luigi Ferrajoli¹¹ destaca a importância dos direitos fundamentais como resultantes de lutas e revoluções que, num determinado momento, romperam a normalidade artificial que camuflava situações de opressão e discriminação, ressaltando a conexão cada vez mais forte entre democracia e Direito. Explica¹² que se trata de alternativa posta pelo ordenamento para preservar o conteúdo substancial do direito e evitar o perecimento de sua capacidade regulatória para disciplinar as novas dimensões que os fatos adquirem numa sociedade globalizada.

Desse modo, ao incluir expressamente os direitos coletivos trabalhistas no núcleo dos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 erigiu-os em elementos constitutivos “da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social”, esclarece Canotilho¹³.

Daí a importância de implementação da função promocional, estimulando condutas que, pautadas pela boa-fé objetiva, levem à adoção de comportamentos que possam evitar a própria eclosão de conflitos, ao invés de restringir-se apenas à reparação da lesão já ocorrida. Também importante sua atuação direcionada à formação de consensos, que oferecem alternativas eficazes de solução, notadamente em situações limite, que demandam a superação de contradições.

O desafio é obter a edificação de um modelo próprio, brasileiro, consonante com nossas especificidades culturais e institucionais, num momento

10 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124-125.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 363-380.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 15-26.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 345.

em que o rito de passagem de uma perspectiva para outra se revela inevitável, porque está chegando ao fim um longo processo de maturação das dubiedades que, num lance de risco calculado, a Constituição Federal optou por exibir como fratura exposta, a fim de provocar a construção de pontes entre situações antagônicas em relação às quais não fora possível obter o consenso em 1988.

Trata-se de um processo complexo, destinado a preservar a eficácia do ordenamento jurídico como marco regulatório, mantendo sua legitimidade. Conforme preleciona Canotilho¹⁴, a interpretação das normas constitucionais deve ser pautada pela busca de “soluções pluralisticamente integradoras” (princípio do efeito integrador), mediante a “coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito”, a fim de evitar o perecimento de uns em relação aos outros, impondo o “estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos” de forma a conseguir uma harmonização pela ponderação dos interesses em conflito (princípio da concordância prática). Assim é, porque agora não¹⁵ “se trata, como acontecera no positivismo estadual, de reduzir os direitos a simples autovinculações jurídicas, mas de marcar a indissociabilidade dos direitos fundamentais e da moralidade republicana”, a fim de evitar a disfuncionalidade do ordenamento jurídico.

Como já pontuei em minha tese de doutorado¹⁶, o arcabouço protetor do direito trabalhista tem que ser usado para impulsionar o desenvolvimento que vai promover a libertação do trabalhador de sua situação de hipossuficiência e não para perpetuá-la, reduzindo-o a massa de manobra e presa fácil de outros interesses.

Daí a importância do diálogo das fontes para construir soluções, nas situações de conflito que envolvem direitos coletivos fundamentais, para cuja implementação a jurisprudência pode contribuir de maneira significativa, considerando que houve a passagem de um ser humano isolado para um ser humano situado num determinado contexto social, econômico e político, a fim de garantir que a concretização do modelo constitucional possa debelar a atual crise de legitimidade, que abala os alicerces da legalidade.

7 – CONCLUSÃO

O eterno conflito entre segurança jurídica e liberdade está na raiz de todo sistema jurídico, porém se apresenta de forma mais aguda quando trata

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, p. 1.208 e seguintes.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 34.

16 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *A contratação coletiva de trabalho no Brasil*, p. 540-541.

da interconexão entre direito coletivo e direitos fundamentais trabalhistas, por operar numa zona de confluência dos critérios de justiça comutativa e justiça distributiva, que foram alçados ao patamar constitucional. Nesse contexto, imperiosa a passagem de perspectiva da estrutura à função promocional, mediante um processo dinâmico de diálogo entre as fontes, visando garantir a concreção substantiva do direito, o que vem sendo construído com a contribuição significativa da jurisprudência.

8 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, s.d.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *A contratação coletiva de trabalho no Brasil: delineamentos de um novo perfil*. (Tese de doutorado). Universidade de São Paulo, 2003.

_____; GEMIGNANI, Daniel. *Meio ambiente de trabalho. Prevenção e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo*. (Aguardando publicação)

MARQUES, Claudia Lima. “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. “Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro”. In: *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

Notas e Comentários

JUSTIÇA DO TRABALHO EXPÕE SEUS PROGRAMAS DE SUSTENTABILIDADE NA RIO+20

O Tribunal Superior do Trabalho juntamente com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho expuseram seus programas, projetos e ações relacionados à sustentabilidade durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20. Houve palestras a respeito dos programas apresentados e lançamento do módulo do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT) para o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ).

O PJe-JT visa promover o uso racional e inteligente da tecnologia em prol de uma Justiça mais célere, acessível, eficiente e sintonizada com a preservação ambiental. Além de reduzir drasticamente os gastos com papel e insumos, o PJe substituirá mais de 40 sistemas existentes no Poder Judiciário.

Trata-se de uma solução gratuita, em linguagem moderna e segura. Com a interoperabilidade propiciada entre os Tribunais e outros órgãos da Administração Pública, a sociedade contará com uma Justiça mais ágil e organizada. Outro benefício é a acessibilidade, que permite a qualquer pessoa conectada à internet consultar os processos eletrônicos 24 horas por dia.

Também foi apresentado o Programa Trabalho Seguro, criado há mais de um ano, cujo objetivo é contribuir para o desenvolvimento de medidas concretas voltadas para o desenvolvimento de uma cultura de prevenção de acidentes de trabalho, promovendo a prevenção desses acidentes e preservação de locais de trabalho mais seguros e saudáveis, aptos a proporcionar trabalho digno a todos. Contribui-se, desse modo, para a formação de empregos verdes, dignos e saudáveis.

Outro programa apresentado foi o Guia de Inclusão de Critérios de Sustentabilidade nas Contratações da Justiça do Trabalho, que estabelece regras a serem seguidas nas contratações dos órgãos da Justiça Trabalhista. Para o presidente do CSJT, ministro João Oreste Dalazen, a medida representa uma garantia constitucional e estabelece contratações com o menor custo social e ambiental.

O novo modelo representa a adequação do Poder Público ao consumo sustentável. A proposta mais vantajosa para a administração deixa de ser apenas a de menor preço, mas a que tiver o menor impacto para o planeta e a sociedade.

TST PROMOVE SEMINÁRIO LIBERDADE SINDICAL E OS NOVOS RUMOS DO SINDICALISMO

O Tribunal Superior do Trabalho promoveu entre os dias 25 e 27 de abril o Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo no Brasil, cujo objetivo foi o de proporcionar um avanço no conhecimento e nas discussões sobre o direito sindical e a negociação coletiva no país. Presente ao evento, a diretora da OIT, Laís Abramo, lembrou que o Brasil tem-se destacado no cenário internacional por suas ações pela promoção do trabalho decente e vem-se tornando uma referência em diversas áreas, como o combate ao trabalho infantil e degradante, à discriminação, ao desemprego. Mas ressaltou também que, das oito convenções fundamentais da OIT, a única que o Brasil ainda não ratificou foi a Convenção 87, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização – que foi um dos pontos centrais das discussões travadas durante o seminário.

O presidente do TST, ministro João Oreste Dalazen, em seu pronunciamento de abertura do evento, ressaltou que a ideia de promover um amplo debate sobre a questão sindical surgiu da constatação de que o modelo sindical brasileiro exige mudanças. “O Seminário é um esforço bem intencionado com vistas ao aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro no que tange às relações de trabalho”, afirmou.

O presidente do TST lembrou que o Direito do Trabalho deve muito, “senão tudo”, de sua origem e fortalecimento à formação dos sindicatos, “organizações absolutamente essenciais e indispensáveis no sistema capitalista”. Mas o modelo brasileiro atual, porém, exige reflexão e mudança, a fim de garantir a representatividade efetiva dos trabalhadores.

Para Dalazen, os dois principais pilares do sindicalismo nacional – a unicidade de representação e o custeio obrigatório das entidades sindicais – resultaram num cenário de proliferação de sindicatos. “Contamos com mais de 14 mil sindicatos no país e, com honrosas exceções, a maioria de pouca ou nenhuma representação”, afirmou. “Temos milhares de sindicatos inexpressivos de empregados e de empresas, em larga medida em virtude do monopólio da representação e da receita fácil da contribuição obrigatória”.

A crise da representatividade e a busca de saídas que fortaleçam e legitimem a atuação dos sindicatos, com a participação efetiva dos trabalhadores, foram tratadas nos painéis que compuseram a programação do seminário.

APOSENTADORIA DO MINISTRO MILTON DE MOURA FRANÇA

O ministro Milton de Moura França aposentou-se em 2 de março. Em sua última participação (29/2) na Quarta Turma, da qual era presidente, o magistrado foi homenageado por ministros, representantes do Ministério Público e advogados presentes à sessão.

Ao agradecer as homenagens, Moura França lembrou os seus quase 37 anos de magistratura e 16 anos no TST, e declarou que encerra a carreira de magistrado com a consciência do dever cumprido. Ao afirmar que o TST é uma grande “oficina de trabalho”, o ministro Moura França agradeceu o apoio dos servidores.

Milton de Moura França nasceu em Cunha (SP), em 9 de março de 1942. Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté (SP), exerceu a advocacia até 1975, foi procurador autárquico do Estado de 1971 a 1972 e foi aprovado em concurso público de provas e títulos para procurador do Estado de São Paulo.

Investido na magistratura do Trabalho em junho de 1975, na 2ª Região (SP), foi promovido, por merecimento, a juiz presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Guaratinguetá em novembro de 1979. Atuou como juiz substituto no TRT da 15ª Região (Campinas/SP) desde junho de 1987. Foi promovido a juiz do TRT da 15ª Região em abril de 1991, por merecimento.

Concluiu créditos em mestrado pela PUC de São Paulo e foi professor de Direito do Trabalho na Universidade de Taubaté, por concurso público de provas e títulos. Foi presidente regimental da 1ª Turma do TRT da 15ª Região até julho de 1996. Ministro do Tribunal Superior do Trabalho a partir de agosto de 1996, exerceu a Vice-Presidência da Casa no biênio 2007/2008 e a Presidência do TST e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho no biênio 2009/2011.

APOSENTADORIA DO MINISTRO HORÁCIO SENNA PIRES

Após 39 anos dedicados à magistratura, e a alguns dias de completar 70 anos de idade, o ministro Horácio Raymundo de Senna Pires aposentou-se no dia 28 de abril.

NOTAS E COMENTÁRIOS

O ministro presidia a Terceira Turma do TST, integrava a Subseção 1 Especializa em Dissídios Individuais (SDI-1) e era membro suplente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), além de ser vice-diretor da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho (Enamat).

Horácio Senna Pires é baiano de Salvador e tem 46 anos de militância na Justiça, somado-se o tempo de atuação no Ministério Público da Bahia. Participante do movimento universitário na década de 1960, quando foi presidente do Centro Acadêmico Rui Barbosa e redator do jornal “A Palavra”, na capital soteropolitana, o ministro afirmou que sua atuação na Justiça do Trabalho foi a continuação de uma preocupação social de muito tempo. “É uma realização verdadeira, prática e profissional dos meus grandes ideais de desde o tempo de ginásio, quando eu fazia parte da Ação Católica Estudantil e era supervisor do Movimento de Educação de Base (MEB)”, revelou.

O ministro faz um balanço “altamente positivo” de seu período no TST. Revela que sua nomeação para o Tribunal foi “surpreendente”, pois nunca almejava chegar a essa Corte, onde começou a atuar em 2000 como juiz convocado. Após períodos intercalados de convocação, assumiu como ministro em fevereiro de 2006, resultado, segundo ele, da “teimosia dos ministros” que o indicaram em três listas seguidas para o cargo.

Com vários artigos publicados em revistas especializadas em Direito do Trabalho, ele diz que não pretende parar de estudar e escrever. Tem intenção de registrar muitas das histórias que viveu todos esses anos e, profissionalmente, pretende se reinscrever na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para atuar como consultor. Continuará, assim, seu trabalho na Justiça e ligado aos mesmos ideais que sempre cultivou, seja como jovem estudante, como juiz nas diversas Varas do Trabalho em que atuou no interior da Bahia e de Sergipe de 1980 a 1997, seja como ministro de uma Corte Superior.

INDICAÇÃO DE NOVOS MINISTROS PARA O TST

Foram indicados para o cargo de ministro do Tribunal Superior do Trabalho os magistrados Carlos Scheuermann, do TRT da 4ª Região, e Alexandre de Souza Agra Belmonte, do TRT da 1ª Região, que ocuparão as vagas anterior-

NOTAS E COMENTÁRIOS

mente ocupadas pela ministra Rosa Weber, hoje ministra do Supremo Tribunal Federal, e pelo ministro Milton de Moura França, que se aposentou em março.

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), Hugo Carlos Scheuermann é professor na FEMARGS – Fundação Escola da Magistratura do Trabalho/RS, na Escola Judicial e em cursos de pós-graduação. Considera a sua indicação a coroação de uma carreira de 23 anos na magistratura trabalhista. “Será uma honra muito grande fazer parte do Tribunal Superior do Trabalho, representando o Rio Grande do Sul, na vaga da ministra Rosa Maria Weber”, destacou.

O magistrado nasceu em Três Passos (RS), graduou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS e especializou-se em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul (2006/2007). Ingressou no TRT gaúcho como auxiliar judiciário em 1983, depois de aprovação em concurso público. Após exercer várias funções no TRT, passou no concurso para juiz do Trabalho. Em janeiro de 2003, tomou posse como desembargador do TRT da 4ª Região.

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região (RJ), Alexandre de Souza Agra Belmonte é professor de mestrado da Universidade Presidente Antônio Carlos e autor de diversos livros e artigos jurídicos. Para ele, seu papel no TST será no sentido de concretização da Constituição, “na busca da justiça social, atento à dignidade da pessoa humana do trabalhador, dos valores sociais do trabalho, e da livre-iniciativa”.

Doutor em Justiça e Sociedade, e mestre em Direito das Relações Sociais, Agra Belmonte nasceu no Rio de Janeiro em 1959. Graduado como bacharel em direito pela Universidade Gama Filho, atuou como advogado cível e trabalhista de 1981 a 1993, quando passou no concurso para juiz do trabalho. Em 2004, assumiu como desembargador do TRT da 1ª Região.