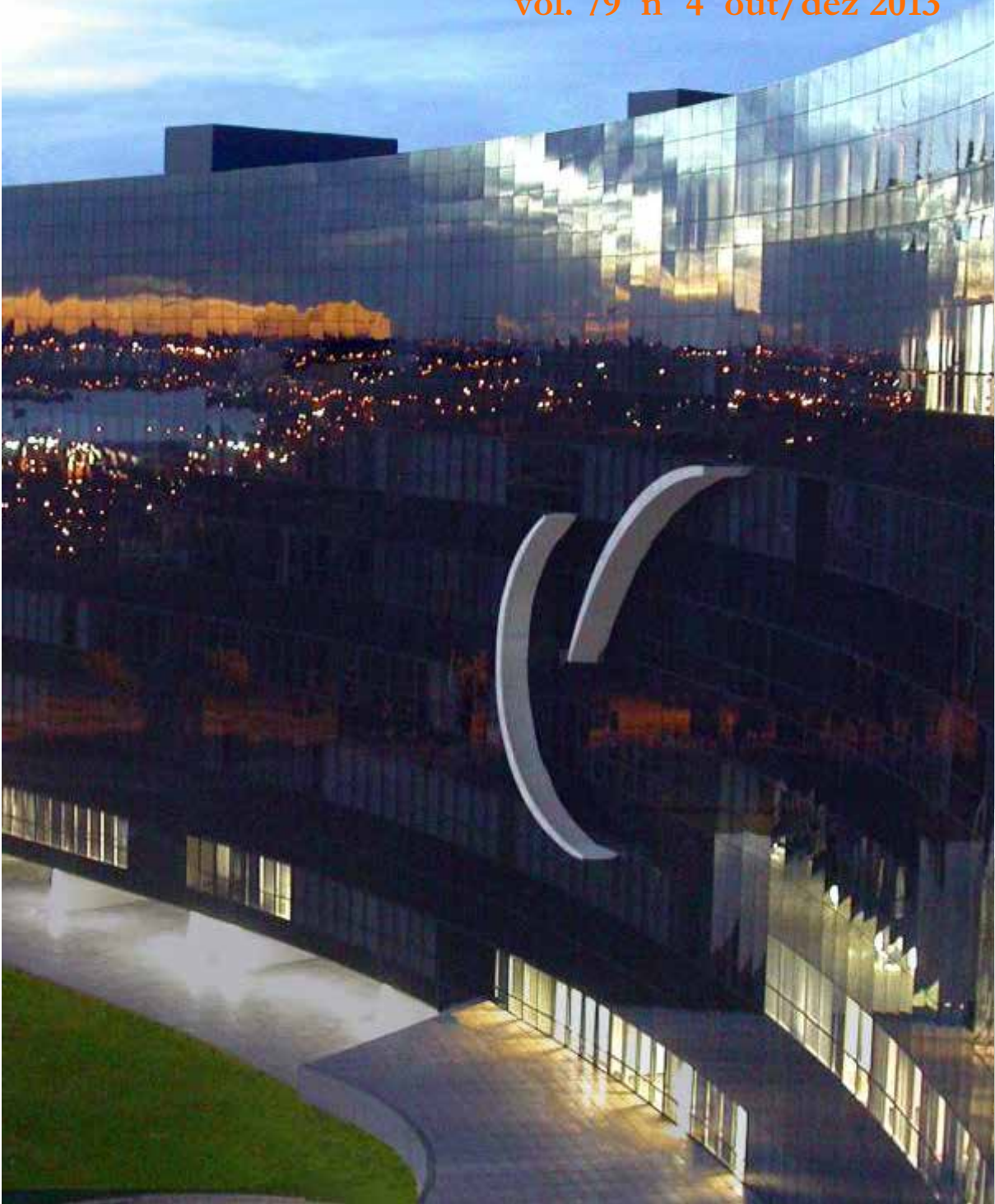


# Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 79 n° 4 out/dez 2013



---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---





PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula  
*Presidente*

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen  
*Vice-Presidente*

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
*Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho*

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

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Augusto César Leite de Carvalho *(suplente)*

*Comissão de Documentação*

**Ano 79 – nº 4 – out. a dez. – 2013**

**LEX MAGISTER**

PRODUTOS JURÍDICOS

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

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

v.

Trimestral.

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

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

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

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

ISSN 0103-7978

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

CDU 347.998.72(81)(05)

**Coordenação:** Comissão de Documentação

**Organização e Supervisão:** Ana Celi Maia de Miranda

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião

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

**Editoração Eletrônica:** Editora Magister

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

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
Ministro João Batista Brito Pereira  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
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 Fernando Eizo Ono  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Órgão Especial**

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



Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministra Maria de Assis Calsing  
Ministro Fernando Eizo Ono  
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro  
Ministro Walmir Oliveira da Costa  
Ministro Mauricio Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal  
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro João Oreste Dalazen  
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  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Presidente do Tribunal

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

### **Primeira Turma**

Ministro Lelio Bentes Corrêa, Presidente

Ministro Walmir Oliveira da Costa

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

### **Segunda Turma**

Ministro Renato de Lacerda Paiva, Presidente

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Desembargador Valdir Florindo (Convocado)

### **Terceira Turma**

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

### **Quarta Turma**

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

## **Quinta Turma**

Ministro João Batista Brito Pereira, Presidente

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos

## **Sexta Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

## **Oitava Turma**

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi (Afastada temporariamente da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministra Dora Maria da Costa, Presidente

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro

Desembargador João Pedro Silvestrin (Convocado)

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



**CARLOS ALBERTO**  
Presidente



**BARROS LEVENHAGEN**  
Vice-Presidente



**IVES GANDRA FILHO**  
Corregedor-Geral



**JOÃO ORESTE DALAZEN**



**BRITO PEREIRA**



**CRISTINA PEDUZZI**



**RENATO PAIVA**



**EMMANOEL PEREIRA**



**LELIO BENTES**



**ALOYSIO VEIGA**



**VIEIRA DE MELLO  
FILHO**



**ALBERTO BRESCIANI**



**MARIA DE ASSIS  
CALSING**



**DORA COSTA**



**FERNANDO EIZO ONO**



**GUILHERME  
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO  
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA  
DA COSTA**



**MAURÍCIO GODINHO  
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES  
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR  
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO  
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES  
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS  
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA  
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS  
BRANDÃO**



# Sumário

## DOCTRINAS

1. Do cabimento do recurso de revista do julgamento de agravo regimental nos tribunais regionais do trabalho  
*Cláudio Brandão* .....17
2. Dano moral: (im)possibilidade de utilização dos critérios socioeconômicos do trabalhador-vítima para fixação do valor da compensação pecuniária  
*Eduardo Simões Neto* .....38
3. Proteção ou discriminação? Passando a limpo algumas normas de tutela do trabalho da mulher  
*Flávio da Costa Higa e Regina Stela Corrêa Vieira*.....56
4. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados, dep. Paulo Teixeira)  
*Fredie Didier Junior* .....73
5. A cidadania social no Brasil e no mundo: o que ficou e o que virá  
*Guilherme Guimarães Feliciano*.....82
6. A reconstrução normativa do direito fundamental ao trabalho  
*Leonardo Vieira Wandelli*.....95
7. A EC nº 72 e as transformações do trabalho doméstico no Brasil: o paradigma celetista e o problema da fixação e controle da jornada de trabalho  
*Luiz Felipe Monsore de Assumpção* .....123
8. Eficácia horizontal do *due process* laboral: reflexões sobre o direito fundamental de um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício  
*Ney Maranhão*.....153
9. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco  
*Norma Sueli Padilha*.....173
10. Avanços e perspectivas do Direito Constitucional do Trabalho: uma análise sob a ótica do Direito Coletivo do Trabalho  
*Renan Bernardi Kalil* .....183

11. A terceirização como regra? <i>Ricardo Antunes e Graça Druck</i> .....	214
12. A terceirização no século XXI <i>Rodrigo de Lacerda Carelli</i> .....	232
13. Ambiente de trabalho + prevenção = – assédio moral <i>Valdir Florindo</i> .....	245
NOTAS E COMENTÁRIOS	
Eleita nova Administração do TST .....	263
TST promove Seminário sobre Preservação Documental.....	264
TST realiza Simpósio sobre Organização e Garantias Sindicais .....	265
TST promove Seminário Justiça Social e Acessibilidade .....	265
TST recebe sessão da Corte Internacional de Direitos Humanos .....	266

---

**Doutrina**

---





# DO CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA DO JULGAMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL NOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

Cláudio Brandão\*

**T**ema dos mais interessantes em matéria de recursos e que tem gerado entendimentos discrepantes no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho diz respeito ao cabimento de recurso de revista das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ao examinarem agravos regimentais interpostos de decisões monocráticas proferidas pelos relatores, a partir da autorização conferida pelo art. 557 do CPC, com a redação atribuída pela Lei nº 9.756/98.

De um lado, julgados que rejeitam a possibilidade de revisão e adotam como fundamento básico o princípio da taxatividade dos recursos, segundo o qual a lei estabelece, em rol que não comporta interpretação extensiva, os recursos cabíveis em função da decisão proferida, o que importa afirmar, em dedução lógica, que as partes não podem criá-los, também em função do monopólio reservado à União para legislar em matéria processual (art. 22, I, da Constituição).

Como corolário dessa afirmação, emana o princípio da singularidade dos recursos, segundo o qual há um recurso específico no sistema jurídico para cada tipo de decisão proferida e, com isso, é vedado à parte utilizar-se de mais de um meio para impugná-la.

Fundamentalmente, a tese denegatória toma como base duas premissas:

a) a *redação do caput do art. 896 da CLT*, também alterada pela mesma lei e que, ao se referir ao recurso de revista, expressamente indica o seu cabimento das decisões proferidas *em grau de recurso ordinário, como se vê*:

“Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho *das decisões proferidas em grau de recurso ordinário*, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

---

\* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia; professor de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa (Salvador/BA); membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho.*

## DOCTRINA

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte; (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 1º O Recurso de Revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será apresentado ao Presidente do Tribunal recorrido, que poderá recebê-lo ou denegá-lo, fundamentando, em qualquer caso, a decisão. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 4º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. (Alterado pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 5º Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro-Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento

## DOUTRINA

ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo. (Redação dada pela Lei nº 7.701, de 21.12.88)

§ 6º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.01.00)”

b) *o princípio da taxatividade dos recursos*, segundo o qual somente são cabíveis aqueles previstos expressamente em lei, não sendo admitidos quaisquer outros. Nesse caso, a limitação seria encontrada na relação prevista no art. 893, além do dispositivo mencionado da legislação consolidada.

Conjugando-se os dois fundamentos, não seria possível o reexame pelo Tribunal Superior do Trabalho e, como exemplo, seguem precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA EM AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. ART. 896, *CAPUT*, DA CLT. NÃO PROVIMENTO. 1. Incabível recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em sede de agravo regimental, uma vez que não se adéqua à hipótese de admissibilidade do art. 896, *caput*, da CLT, que prevê o cabimento do referido recurso extraordinário contra as decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR 16341-53.2006.5.05.0026; Data de Julgamento: 04.08.2010, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20.08.2010)

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA CONTRA O V. ACÓRDÃO REGIONAL PROLATADO EM AGRAVO. NÃO CABIMENTO. Incabível o recurso de revista, na medida em que interposto contra decisão proferida por Tribunal Regional do Trabalho em sede de agravo regimental, ante a literalidade do *caput* do art. 896 da CLT. Agravo a que se nega provimento.” (Ag-AIRR 584140-66.1997.5.11.0006, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 11.04.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 13.04.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DO V. ACÓRDÃO REGIONAL QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO ANULATÓRIA. NÃO CABIMENTO. DESPROVIMENTO. É incabível, nos termos

## DOCTRINA

do art. 896 da CLT, a interposição de recurso de revista em face do v. acórdão regional que negou provimento ao agravo regimental interposto contra decisão que julgou improcedente pedido em ação anulatória. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 464-35.2011.5.03.0000, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 23.05.2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 01.06.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DE REVISTA INCABÍVEL. Não merece ser provido agravo de instrumento que visa liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos de cabimento do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR 45300-25.2008.5.12.0008, Rel. Juiz Conv. Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 30.05.2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 08.06.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. Incabível, nos exatos termos das restrições impostas pelo art. 896 da CLT, recurso de revista contra decisão regional proferida em agravo regimental. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 76900-28.2009.5.03.0025, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, DJ 31.08.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CABIMENTO. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO REGIONAL. DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO REGIMENTAL. Deve ser confirmada a negativa de seguimento do recurso de revista quando não preenchidos os seus requisitos de admissibilidade. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 83000-51.2009.5.16.0020, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 26.09.2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 05.10.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA EM AGRAVO REGIMENTAL. INCABÍVEL. Da decisão do Regional proferida em agravo regimental não cabe recurso de revista, nos termos do art. 896, *caput*, da CLT. Tais recursos destinam-se, exclusivamente, a impugnar decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, nas hipóteses expressamente previstas. Inaplicável, no caso, o princípio da fungibilidade ante a configuração de erro grosseiro. Agravo de instrumento não provido.”

## DOUTRINA

(AIRR 168900-59.2009.5.16.0001, Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Conv. Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, 5<sup>a</sup> Turma, DEJT 05.10.2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA EM AGRAVO REGIMENTAL. É incabível recurso de revista em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional no âmbito de agravo regimental. Agravo de instrumento não provido.” (AIRR 85100-69.2009.5.15.0096, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria de Assis Calsing, 4<sup>a</sup> Turma, DJ 22.02.2013)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA. Incabível, nos exatos termos das restrições impostas pelo art. 896 da CLT, recurso de revista contra decisão regional proferida em agravo regimental. Precedentes. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 249-44.2012.5.12.0042, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4<sup>a</sup> Turma, DEJT 03.05.2013)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA EM AGRAVO REGIMENTAL. É incabível a interposição de recurso de revista contra decisão proferida em agravo regimental (precedentes desta Corte Superior). Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR 3049720115080120, 3<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 01.07.2013)

“AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. DESPROVIMENTO. Não merece reforma a decisão monocrática que manteve o r. despacho de admissibilidade, por entender incabível a interposição de recurso de revista contra acórdão regional prolatado em agravo regimental. Interpretação literal do art. 896 da CLT. Agravo a que se nega provimento.” (Ag-AIRR 1981-40.2010.5.12.0039, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 28.08.2013, 6<sup>a</sup> Turma, Data de Publicação: 20.09.2013)

No outro lado, decisões que admitem o citado recurso, sob a justificativa de que deve prevalecer a interpretação sistemática da estrutura recursal da legislação processual, em detrimento da interpretação puramente gramatical ou literal, e, a partir dela, o reconhecimento do direito à ampla defesa, de que são exemplos os acórdãos transcritos:

## DOCTRINA

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DE REVISTA. CABIMENTO. VIOLAÇÃO REFLEXA. 1. A CLT estabelece o cabimento de recurso de revista para Turmas do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em grau de recurso ordinário (CLT, art. 896, *caput*), bem como em agravo de petição (CLT, art. 896, § 2º). 2. A interpretação puramente gramatical e literal dos referidos dispositivos rechaçaria a recorribilidade de acórdão proferido por Tribunal Regional que julga agravo regimental em agravo de petição, porquanto não se trata nem de acórdão em recurso ordinário e muito menos de acórdão em agravo de petição. 3. A exegese que denota maior acuidade, à luz do princípio da ampla defesa previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, reconhece o cabimento de recurso de revista em tal situação, porquanto o Tribunal de origem, ao endossar a decisão monocrática do Relator, faz sua a decisão tomada isoladamente pelo Relator e, assim, em última análise, chama a si a responsabilidade pela decisão do agravo de petição, cujo seguimento fora denegado. Logo, em substância, é o Colegiado que está julgando o próprio recurso principal denegado. 4. Ultrapassado o óbice apontado pelo TRT e prosseguindo no exame dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista (OJ nº 282 da SBDI-1 do TST), nega-se provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista em agravo regimental.” (AIRR 1034-17.2010.5.08.0000, Rel. Min. João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 08.05.2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 24.05.2013)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DE REVISTA. CABIMENTO. O recurso ordinário da reclamada não foi conhecido, porque deserto, por meio de decisão monocrática, nos termos do Regimento Interno da Corte *a quo* e do art. 557, *caput*, do CPC. A essa decisão a reclamada interpôs agravo regimental, o qual teve o provimento negado. Inconformada, a parte interpôs recurso de revista, o qual foi considerado incabível, por se tratar de decisão de turma proferida em agravo regimental. Ocorre que negar à reclamada a possibilidade de interpor recurso de revista a essa decisão implicaria cerceamento ao seu direito de defesa, pois, sendo incabível recurso de revista contra decisão monocrática, o Regional, sob a justificativa de imprimir maior celeridade ao processo julgando-o por meio de decisão monocrática, acabaria por tolher o direito da parte de interpor novo recur-

## DOCTRINA

so. Assim, superado o óbice apontado no despacho de admissibilidade do recurso de revista, passa-se à análise dos demais pressupostos do agravo de instrumento, nos moldes delineados pela OJ nº 282 da SDI-1/TST. 2. RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS MEDIANTE GUIA DARF APÓS 1º DE JANEIRO DE 2011. INVALIDADE. DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO CONFIGURADA. ATO CONJUNTO Nº 21/2010. Não é válido o pagamento das custas processuais mediante guia DARF após 1º de janeiro de 2011, porquanto o Ato Conjunto nº 21/2010, editado pelo TST em conformidade com o que estabelece o art. 790, *caput*, da CLT, é expresso ao dispor que, a partir dessa data, somente seria válido o recolhimento das custas processuais mediante GRU – Guia de Recolhimento da União. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR 263-90.2012.5.08.0122, Relª Minª Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 18.12.2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 07.01.2013)

Entendo que o melhor direito ampara a segunda das teses mencionadas, a partir da interpretação sistemática dos dispositivos legais aplicados ao tema.

Inicialmente, afirmo que a CLT não rege a matéria, ou seja, não disciplina a autorização conferida ao Desembargador-Relator para, monocraticamente, analisar não apenas o conhecimento do recurso, mas também o julgamento do mérito nas hipóteses que enumera, o que significa afirmar a necessidade de ser analisada a partir do regramento previsto no CPC e, mais, da jurisprudência que examina a sua aplicação no âmbito da jurisdição civil.

A referência nela existente, fruto da modificação introduzida pela Lei nº 7.701/88 no § 5º do art. 896 da CLT, diz respeito apenas à atuação do Relator no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho:

“§ 5º Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro-Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo. (Redação dada pela Lei nº 7.701, de 21.12.88)”

Em segundo plano, também assinalo que a citada Lei nº 9.756, de 17.12.98, promoveu ambas as modificações – no CPC e na CLT – e, a partir de então, o Relator passou a ter um papel muito mais expressivo nas Cortes, em virtude de não mais se limitar a preparar a admissibilidade do apelo e o seu



## DOCTRINA

projeto de julgamento, mas, sobretudo, poder até mesmo decidir o seu mérito, como inequivocamente define o mencionado art. 557, ora transcrito:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.98)”

Indaga-se: o que fez o legislador ao promover tal alteração? Mais: por quê?

Inspirado pela necessidade de agilizar o desfecho dos processos nos tribunais e a partir de previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, delegou ao Relator a possibilidade de, isoladamente, apreciar o recurso interposto, inclusive quanto ao mérito, repito, sem embargo de prever o cabimento de outro recurso – no caso, o agravo – para o órgão colegiado incumbido do julgamento originariamente, até para preservar o denominado “princípio da colegialidade”, segundo o qual, em última análise, todos os recursos são examinados por um órgão de composição plural.

Em cuidadoso estudo sobre o tema, Wanessa de Cássia Françolin faz um comparativo entre o que denomina de “monocraticidade” e a “colegialidade” das decisões judiciais, inclusive a partir da experiência em outros países, como França e Itália, e afirma:

“A ampliação de poderes do Relator tem como justificativa, além da diminuição da carga de trabalho dos próprios tribunais (já que, com a decisão do Relator, em princípio, seria desnecessária a reunião do

colegiado para julgamento do recurso, o que demandaria mais tempo e trabalho), a busca pelas decisões liminares, sejam concessivas ou suspensivas, característica da sociedade moderna e das necessidades cada vez mais eminentes de se obter uma prestação jurisdicional rápida, imediata, o que será obtido com maior dificuldade se a decisão for colegiada.”<sup>1</sup>

Apesar de críticas de parte da doutrina quanto à mencionada alteração legislativa, inclusive sob o equivocado epíteto de se tratar de invenção brasileira, Pedro Miranda de Oliveira compartilha do mesmo entendimento e chega a afirmar, de modo enfático, que “não há razão para três pessoas fazerem justiça, quando esta pode ser feita por uma só”, desde que seja preservada a possibilidade de recurso ao colegiado, sob pena de inconstitucionalidade do dispositivo, papel desempenhado pelo agravo interno que, com isso, garante a observância do princípio do juiz natural, próprio da opção constitucional na estruturação do Poder Judiciário nas instâncias superiores<sup>2</sup>.

O Ministro Luiz Fux segue na mesma toada:

“A medida visa desestimular o abuso do direito de recorrer, mercê de autorizar o Relator a evitar que se submeta ao ritualismo do julgamento colegiado causas manifestamente insustentáveis, como, v.g., quando a intempestividade é flagrante ou quando o apelante pretende apenas, através do recurso, postergar vitória do vencedor.”<sup>3</sup>

Quanto à constitucionalidade dessa norma, o STF já a examinou e no seu repertório são encontrados inúmeros julgados em sentido afirmativo, entre os quais os seguintes precedentes:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR. COMPETÊNCIA DO RELATOR: CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. É legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou se for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, § 1º, da Lei nº 8.038/90), desde que, mediante recurso – agravo regimental

---

1 FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40.

2 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 550-551.

3 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 767. v. I.

–, possam as decisões ser submetidas ao controle colegiado.” (MI 375 (AgRg)/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, em 19.12.91)

“AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA Nº 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. Tendo o acórdão do Tribunal *a quo* decidido a controvérsia com base em legislação local, incide no caso a mencionada súmula, impedindo o conhecimento do recurso. O julgamento do extraordinário pelo Relator, na forma do dispositivo do CPC sob enfoque, já teve sua constitucionalidade reconhecida por esta Corte, uma vez que a possibilidade de interposição de agravo garante a colegialidade das decisões. Precedente. O juízo de admissibilidade do recurso extraordinário procedido pelo Tribunal de origem não vincula o STF, na forma da sua pacífica jurisprudência. Precedentes. Agravo desprovido.” (RE 287.710 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 25.06.02, DJ 27.09.02, PP-00112, EMENT VOL-02084-03, PP-00651)

Apesar de algumas vozes dissonantes, a posição do Supremo é valorizada por juristas de destaque no direito processual, de que é exemplo Teresa Arruda Alvim Wambier, que enfatiza:

“Consideramos desarrazoadas as críticas que se têm feito quanto à constitucionalidade de serem atribuídos tantos poderes ao Relator, já que se trata de decisão passível de ser impugnada pelo recurso de agravo (arts. 557, § 1º, e 545).”<sup>4</sup>

Ainda, de acordo com Wanessa Françolin, não há qualquer ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, e a mencionada autora traz lições similares de Sérgio Cruz Arenhart, Nelson Nery Júnior e Nelson Luiz Pinto<sup>5</sup>.

A indagação que persiste se refere à natureza do agravo interposto da decisão solitária do Relator. Nesse aspecto, uma resposta exsurge, pelo menos aos meus olhos, de maneira inquestionável: *trata-se, na essência, da apreciação em momento diferido da pretensão contida no recurso ordinário, inicialmente sob exame de forma monocrática*, ou seja, *o agravo assume a natureza do próprio recurso ordinário cujo seguimento foi denegado* ou, o que é mais significativo, a análise do seu próprio mérito, dessa vez pelo órgão colegiado.

4 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 104.

5 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 550-551.

## DOCTRINA

Precisa, no particular, a doutrina da mencionada autora (Wanessa Françolin), ao analisar a natureza do agravo interno:

“O agravo interno tem o condão de levar o recurso inicialmente interposto à apreciação do órgão colegiado. Assim, se o Relator julgou monocraticamente uma apelação e houve a interposição de agravo interno, o procedimento daí por diante deve ser o da apelação.”<sup>6</sup>

O princípio da taxatividade não pode ser invocado e por várias razões. Em primeiro lugar, por se tratar de dispositivos contidos em microsistemas processuais distintos (CLT e CPC) e por não haver previsão na CLT para atuação nos moldes do Diploma Processual Civil.

A norma consolidada apenas contempla a atuação monocrática no Tribunal Superior do Trabalho, como previsto no § 5º do mesmo art. 896, vinculado ao Ministro-Relator e concernente ao exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, o que permitiria concluir, se levada a interpretação ao extremo, pela impossibilidade de atuação do magistrado no segundo grau de jurisdição trabalhista e até mesmo no TST, quanto à análise de mérito, sem levar a decisão para apreciação do colegiado, ou seja, não fosse a autorização conferida pelo mencionado art. 557, não seria possível a utilização da permissão desse dispositivo, motivo pelo qual, além das hipóteses previstas para o cabimento do recurso de revista contidas no art. 896, também há necessidade de serem contempladas aquelas outras decorrentes da incidência da norma processual.

O que pretendo afirmar? Que, se somente fossem cabíveis os recursos expressamente previstos na CLT, por força do indicado princípio, *não seria possível – como o é – a atuação monocrática do Relator para negar ou dar provimento ao recurso de revista e, mais ainda, o cabimento do agravo para provocar o exame pela Turma ou Pleno, conforme o caso, da decisão por ele proferida, por serem hipóteses previstas no CPC (e não na CLT, friso)*. Ou seja, o Tribunal também se vale de recurso não previsto no rol contido na norma consolidada.

Em terceiro lugar, outorgar-se-ia ao Relator nos tribunais regionais poder que superaria até mesmo a atuação do órgão colegiado, cujas decisões são passíveis de revisão na instância extraordinária, o que não ocorreria com aquelas por ele proferidas monocraticamente, o que certamente não parece ser a conclusão mais acertada, mesmo porque o exercício solitário da jurisdição no segundo grau e nos tribunais superiores ocorre por atribuição de competência

---

6 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 199. v. 3.

por lei ao Relator e não por delegação da competência conferida ao órgão colegiado, ainda que por força de lei, e o agravo possibilita o julgamento, mediato, do recurso ordinário interposto e que teve o seu desfecho prematuramente definido pelo Relator.

Essa constatação também é compartilhada por Pedro Miranda de Oliveira, ao destacar, com propriedade, não se tratar de deslocamento da competência da Turma ou Pleno para um dos seus integrantes, mas de competência exclusiva deste último, atribuída por lei<sup>7</sup>.

Não é outro o pensamento de Athos Gusmão Carneiro:

“Impende destacar que o Relator, em tais casos, não estará decidindo por ‘delegação’ do órgão colegiado a que pertence, mas, sim, exerce poder jurisdicional que lhe foi outorgado por lei.”<sup>8</sup>

Em quarto lugar, seriam conferidas ao mesmo recurso possibilidades distintas de impugnação do acórdão dele resultante, conforme a hipótese de ser ou não utilizado o procedimento previsto no já mencionado art. 557 do CPC.

Veja-se: caso o Desembargador-Relator do recurso ordinário interposto o levasse para julgamento e a Turma decidisse de modo contrário ao entendimento sumulado do TST, por exemplo, caberia recurso de revista para promover a devida equalização do resultado com a legislação federal. Na hipótese contrária, se o *mesmo Relator* proferisse decisão monocrática e a *mesma Turma*, na apreciação do agravo, decidisse na *mesma linha*, ou seja, proferisse decisão contrária a súmula deste Tribunal, *essa decisão não seria passível de revisão* pelo fato de haver sido proferida em virtude do inconformismo da parte que aviou o adequado agravo, única forma de possibilitar a revisão.

Mas, ainda que fosse possível tal interpretação – no sentido de que somente se pode falar no cabimento do recurso de revista de decisão proferida em recurso ordinário –, ainda assim a conclusão é outra, em face da utilização de precedentes hauridos na jurisdição civil.

Isso porque a matéria foi levada a exame pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que, *de forma uníssona*, concluíram em sentido contrário à tese restritiva e a tal ponto que o STF, embora em um primeiro momento tenha chancelado a interpretação restritiva, posteriormente

---

7 OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Agravo interno e agravo regimental: hipóteses de incidência e poderes do relator nos tribunais. In: NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Recursos no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 135-136.

8 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 311.

## DOCTRINA

cancelou súmula que contemplava entendimento diverso (Súmula nº 599) e o STJ editou súmula consagrando a tese (Súmula nº 316).

Veja-se o que disse o Supremo no *leading case* concernente ao tema, no caso, o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos Declaratórios no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 283.240-5/RS, da relatoria originária da Ministra Ellen Gracie, e que teve como Redator Designado o Ministro Marco Aurélio, autor do primeiro voto divergente, e que culminou com a fixação da tese que se procura, aqui, evidenciar: *o cabimento de recurso extraordinário para o STF a partir do agravo que examina decisão monocrática do Relator no tribunal de origem.*

Assim decidiu a Corte Maior:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APRECIÇÃO INDIRETA. ADEQUAÇÃO. Conforme o disposto no art. 546 do Código de Processo Civil, interpretado presente o objetivo da norma, mostram-se cabíveis os embargos de divergência quando o acórdão atacado por meio deles implica pronunciamento quanto a recurso extraordinário.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. VERBETE Nº 599 DA SÚMULA DO SUPREMO. *Ante o novo entendimento sobre o alcance do art. 546 do Código de Processo Civil, não subsiste, sendo cancelado, o Verbetes nº 599 da Súmula do Supremo: ‘São incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental’.*

DIREITO. ALCANCE. JURISPRUDÊNCIA. EVOLUÇÃO. Incumbe ao órgão julgador evoluir no entendimento inicialmente adotado tão logo convencidos os integrantes de assistir maior razão, ante o ordenamento jurídico, à tese inicialmente rechaçada.” (RE 283.240 AgR-ED-EDv-AgR, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, Rel. p/ o Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 26.04.07, DJe-047, DIVULG 13.03.08, PUBLIC 14.03.08, EMENT VOL-02311-03, PP-00406, RTJ VOL-00204-01, PP-00365) – destaques postos.

Portanto, concluiu que, embora o art. 546, II, do CPC preveja apenas e tão somente o cabimento dos embargos de divergência para decisões de turma (acórdãos), a interpretação dessa norma deveria ocorrer de modo coerente com a alteração promovida posteriormente no art. 557, também já mencionado, para permitir a impugnação e exame pelo colegiado.

Diz o primeiro dos dispositivos indicados:

## DOCTRINA

“Art. 546. É embargável a *decisão da turma* que: (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.94)

I – (...)

II – em recurso extraordinário, divergir do julgamento da outra turma ou do plenário. (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.94)”

Em virtude da importância, destaco passagens do citado acórdão, em especial a divergência lançada pelo Ministro Marco Aurélio e o detalhado voto do Ministro Cezar Peluso:

“Ministro Marco Aurélio:

“O que temos, Senhor Presidente, é que o art. 557 é, às vezes, colocado em segundo plano, preferindo o Relator levar, de imediato, o recurso extraordinário – com o que evita até mesmo um duplo trabalho – ao colegiado e aí preconizar o não conhecimento ou o conhecimento e desprovimento desse recurso extraordinário. Nessa hipótese, portanto, sendo o extraordinário sorteado para Relator que tenha essa concepção, que não acione, portanto, a possibilidade de julgamento no capó monocrático, a decisão da turma, a teor da literalidade do art. 546 do Código do Processo Civil, é impugnável, mediante embargos de divergência. A prevalecer a óptica externada pela Relatora, que, reconheço, é também a óptica dos demais integrantes do Tribunal, fora os ministros novos que vieram a compô-lo ultimamente, sendo acionado o art. 557, e julgando o Relator, no campo individual, o recurso extraordinário, ainda esse julgamento, sob o ângulo do acerto ou desacerto, passe pelo Colegiado, e venha o Colegiado, ao fazê-lo, adotar tese discrepante da visão da outra Turma ou até mesmo de precedente do Pleno, não serão cabíveis os embargos de divergência.

Essa variação, a meu ver, é incompatível com a organicidade do direito. Por isso, empresto ao art. 546 a interpretação teleológica, busco o objetivo da norma, que outro não é, no que disciplina os embargos de divergência, senão evitar o dissenso instintivo que, como já disse, nesta bancada, é o que maior descrédito provoca no tocante à atuação do Judiciário. (...)’

Ministro Cezar Peluso:

‘(...) Receio, no entanto, não seja solução compatível com a interpretação sistemática do ordenamento recursal agora vigente.

## DOCTRINA

Escusaria lembrar que a tradição de nosso direito confiava ao Relator do recurso apenas a tarefa de o processar e preparar para julgamento, o qual, como ato decisório típico, era, em regra, da competência exclusiva do colegiado, visto, então, como o ‘juiz natural dos recursos’.

É outro, porém, o atual estado normativo. Em resposta à óbvia necessidade de maior rapidez na chamada prestação jurisdicional, as hipóteses em que a lei faculta ao Relator do recurso julgá-lo monocraticamente, seja para dele não conhecer, seja para lhe negar provimento, viram-se sempre e cada vez mais alargadas (CPC, art. 557, na redação original e na atribuída pela Lei nº 9.139, de 30.11.95; Lei nº 8.038, de 28.05.90, art. 38; RISTF, art. 21, inciso IX e § 1º). Não faz muito, confirmando essa tendência de ampliação dos poderes decisórios do Relator (CPC, arts. 475, § 3º, 527, inciso I, 529), estendeu-lhe a lei competência para, em decisão singular, julgando o mérito, dar provimento ao recurso (CPC, arts. 544, § 3º, e 557, § 1º-A, na redação da Lei nº 9.756, de 17.12.98).

Ora, esse plexo de alterações, indiscutivelmente necessárias para mitigar os efeitos da sobrecarga de recursos, transformou a praxe dos julgamentos, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores. O que era, antes, exceção, entrou a ser a regra: a admissibilidade do julgamento dos recursos por decisão monocrática do Relator. (...)

Mas, erigida agora em regra a competência do Relator para julgamento singular dos recursos extraordinários, a proibição objeto da súmula mutila, senão que esvazia, consideravelmente, o campo de aplicação dos embargos de divergência. (...)

Não as encontro, *data venia*. Uma e outra formas de decisão das Turmas reduzem-se, do ponto de vista do pressuposto dos embargos, a atos substancialmente equivalentes, isto é, decisões colegiadas de recurso extraordinário que podem produzir, com os mesmos danos primários à certeza jurídica, equivalentes dissídios jurisprudenciais. Afinal, já ponderava o Ministro Amaral Santos, em voto vencido no *leading case* sobre a matéria: ‘o agravo regimental nada mais é que o prosseguimento da decisão no agravo de instrumento [ou no recurso extraordinário]. Pelo agravo regimental, o interessado pede que se submeta ao julgamento da Turma o agravo de instrumento [ou o recurso extraordinário] arquivado pelo Relator’ (AI 44.447-EDiv, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 56/299). E é o que, não sem razão, pensa Barbosa Moreira, para quem o agravo regimental mais se assemelha a ‘expediente destinado a provocar a ‘integração’ do julgamento’.



## DOCTRINA

E é precisamente ao ato decisório colegiado de recurso extraordinário que, como pressuposto da admissibilidade dos embargos de divergência, alude a *fattispecie* do art. 546, inciso II, do Código de Processo Civil, sem discernir entre acórdão da turma proferido no julgamento *imediato* do recurso extraordinário e aquele prolatado no julgamento de agravo regimental contra decisão singular de recurso extraordinário e que é só julgamento *mediato* sobre esta mesma categoria de recurso. Em ambos os casos, se se manifesta divergência de julgados, é sempre no julgamento de recurso extraordinário! (...) No sistema atual, em que esse recebeu competência para, em decisão singular, julgar o próprio recurso extraordinário, todo acórdão de agravo regimental interposto contra essa decisão é, na substância, também decisão sobre o recurso extraordinário e, como tal, pode estar em conflito com decisão d'outra turma ou do Plenário sobre a mesma *quaestio iuris*, ou seja, tem-se aqui hipótese de todo em todo idêntica, quanto ao pressuposto do recurso, àquela que justifica e legitima a admissibilidade dos embargos de divergência contra acórdão de turma em julgamento *imediato* de recurso extraordinário.”

O STJ, em momento precedente, já havia se manifestado na mesma direção, inclusive mereceu registro expresso do Ministro Marco Aurélio no citado julgamento. Naquela Corte, também no exame de embargos de divergência, a partir da mesma premissa, quando ainda vigia a Súmula nº 599 do STF, assentou-se o entendimento no sentido da relativização do até então consagrado ou, na linguagem do Ministro-Relator, *modus in rebus*; veja-se o quanto afirmado nos Embargos de Divergência no REsp 258.616/PR:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EM AGRAVO INTERNO. CABIMENTO. LEI Nº 9.756/98. ENUNCIADO Nº 599/STF. EXEGESE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTARQUIA. REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. ARTS. 475, I E II, E 520, V, DO CPC. EXEGESE. RECURSO DESPROVIDO.

I – Após a edição da Lei nº 9.756, de 17.12.98, deve ser interpretado *modus in rebus* o Enunciado nº 599 da Súmula/STF, uma vez autorizado o Relator a decidir monocraticamente o próprio mérito, não sendo razoável, em consequência, inadmitir *tout court* os embargos de divergência somente por tratar-se de decisão proferida em agravo regimental.

II – Se a decisão colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por um hábil mecanismo legal de agilização de processos nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização

## DOCTRINA

*interpretativa do direito federal infraconstitucional, a pressupor que tal uniformização comece por se dar no próprio Tribunal que por força de norma constitucional dela se incumbe, razoável a todas as luzes ensejar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público.*

I – O legislador, ao tratar do reexame necessário, limitou seu cabimento, relativamente ao processo de execução, quando procedentes embargos opostos em execução de dívida ativa, silenciando-se quanto aos outros casos de embargos do devedor.

II – Em interpretação sistemática, tem-se que o inciso II do art. 475 do CPC dispõe apenas sobre as sentenças proferidas em processo de conhecimento, enquanto o inciso III limita seu cabimento aos embargos opostos em execução de dívida ativa, até mesmo porque, em tal moldura, compatibilizam-se os interesses (Lei de Introdução, art. 5º) de defesa do erário público e de resguardo aos hipossuficientes, estes não só alvo de especial proteção constitucional, mas também de injusta e perversa realidade, a dificultar-lhes, muitas vezes, o acesso à pretensão a que por direito fazem jus. O entendimento que ora se exterioriza é também o que melhor se adapta à nova sistemática da legislação processual desejada, que objetiva a efetiva e rápida prestação jurisdicional, além de prestigiar a definitividade da execução.” (Embargos de Divergência em REsp 258.616/PR, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira)

Desse debate, resultou a edição da Súmula nº 316, assim ementada:

“Súmula nº 316. Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial.”

Observe-se, de modo especial, que o precedente mencionado faz expressa alusão à natureza da atuação da Corte no sentido de promover a uniformização da jurisprudência, papel também reservado ao Tribunal Superior do Trabalho, o que ficará impossibilitado nos casos dos agravos apreciados, na hipótese de prevalecer a tese restritiva quanto ao cabimento do recurso de revista.

Destaco passagens do acórdão:

“Em interpretação literal a esses dispositivos, e segundo uníssona jurisprudência do Tribunal, anterior à Lei nº 9.756/98, seria de concluir-se pela inadmissibilidade dos embargos de divergência contra decisão proferida em agravo interno (‘regimental’). A propósito, dentre numerosas decisões, confirmam-se:

(...)

2. Tem-se entendido, todavia, que, após a edição da Lei nº 9.756, de 17.12.98, deve ele ser interpretado *modus in rebus*, uma vez autorizado o Relator, por lei, a decidir monocraticamente o próprio mérito, não sendo razoável, em consequência, inadmitir-se *tout court* os embargos de divergência somente por tratar-se de decisão proferida em agravo interno.

Com efeito, se a decisão colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por hábil mecanismo legal de agilização de processos, nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização interpretativa do direito federal infraconstitucional, a pressupor que tal uniformização comece por se dar no próprio Tribunal que por força de norma constitucional dela se incumbem, razoável a todas as luzes ensejar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público.

Na mesma linha, o jovem e talentoso Bernardo Pimentel assinala:

‘Também não cabem embargos de divergência contra acórdão proferido em julgamento de agravo interno interposto contra decisão singular proferido por Relator em julgamento de agravo de instrumento. É o que estabelece o Enunciado nº 599 da Súmula do Supremo Tribunal Federal; ‘são incabíveis embargos de divergência de decisão de Turma, em agravo regimental’. No entanto, tudo indica que acórdão proferido em julgamento de agravo interno interposto contra decisão singular prolatada em recurso especial ou em recurso extraordinário pode ser impugnado por meio de embargos de divergência. Do contrário, conferir-se-á aos relatores dos recursos especial e extraordinário o poder de impor restrição ao cabimento dos embargos de divergência. Além do mais, todos os precedentes que serviram de base para a edição do Verbete nº 599 da Súmula do Supremo Tribunal Federal foram proferidos em agravos regimentais contra decisões singulares proferidas em agravos de instrumento. Daí a importância de temperar o enunciado *cun grano salis*.’ (SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. fl. 353)

Nesse sentido, aliás, decidiu a Corte Especial, no EREsp 158.917. Ainda, a propósito, o EREsp 133.451, Relatora a Ministra Eliana Calmon (DJ 21.08.00), com esta ementa, no que interessa:

## DOCTRINA

‘1. Antes das reformas processuais impostas, notadamente pelas Leis ns. 9.139/95 e 9.756/98, não havia julgamento monocrático do mérito do recurso especial. Daí a plena aplicação do enunciado da Súmula nº 599/STF.

2. Atualmente, pode o Relator do STJ julgar, monocraticamente, o mérito do recurso especial, cuja decisão poderá ser revista pelo Colegiado via agravo regimental.

3. A aplicação da Súmula nº 599 do STF merece temperamentos. São cabíveis os embargos de divergência contra acórdão proferido em agravo regimental, se julgado o mérito do recurso especial em agravo de instrumento ou interposto o mesmo contra decisão monocrática do Relator em recurso especial.’”

Admitiu o STF, de modo expresso e inquestionavelmente, pelos fundamentos já expostos, a interposição de recurso (embargos) somente previsto para impugnação de acórdão de turma em recurso extraordinário ou especial, mas para atacar acórdão proferido em agravo regimental que impugnou decisão monocrática do Relator nos tribunais de 2º grau.

Como se não bastasse, a doutrina também se posiciona em direção idêntica, como extraído de Fredie Didier Junior ilustrado ensinamento:

“Como se sabe, é possível ao Relator dar provimento a qualquer recurso quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A). No particular, poderá o Relator dar provimento à apelação, *reformando*, em decisão singular, a sentença de *mérito* que esteja em manifesto conflito com súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior. Em tal situação, a parte contrária poderá interpor o *agravo interno* previsto no § 1º daquele mesmo art. 557 do CPC, daí se seguindo a decisão colegiada da turma ou câmara. Caso esse acórdão venha a ser tomado por maioria para manter a decisão do Relator no sentido de *reformar* a sentença de *mérito*, serão cabíveis os embargos infringentes. *Perceba que o julgamento deste agravo interno é, na verdade, o julgamento da própria apelação, pois, ou a turma mantém a decisão do Relator, e, portanto, julga a apelação no sentido por ele sugerido, ou a reforma, decidindo em outro sentido.*

O raciocínio, aqui, é semelhante ao que foi feito pelo STJ, para admitir o cabimento de embargos de divergência contra decisão que julgar agravo interno. Os embargos de divergência cabem contra acórdão que julgar recurso especial ou recurso extraordinário. Quando o Relator de

## DOCTRINA

um desses recursos julgá-lo monocraticamente, caberá agravo interno, contra cuja decisão, preenchidos os demais pressupostos de cabimento, caberão embargos de divergência. Eis o teor do Enunciado nº 326 da súmula da jurisprudência do STJ: ‘Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial’.”<sup>9</sup>

Na mesma linha, Wanessa de Cássia Françolin, ao indicar a interposição de agravo interno como requisito de admissibilidade para a apreciação do recurso especial ou extraordinário, o que, por óbvio, também se aplica ao recurso de revista:

“O art. 557, § 1º, do CPC prevê que da decisão monocrática do Relator caberá agravo ao órgão competente para o julgamento. Sendo assim, a parte que pretende interpor recurso especial ou extraordinário deverá, necessariamente, antes disso, interpor o agravo interno a que se refere o art. 557, § 1º.

Além do exaurimento das instâncias ordinárias ser um requisito específico para a interposição de recurso especial e extraordinário, há outro fator que deve ser considerado, qual seja o princípio da unirrrecorribilidade das decisões (...).

Isso quer dizer que a parte também não pode recorrer simultaneamente via agravo interno e via recurso especial ou extraordinário. Deve primeiro interpor o agravo interno e, após a decisão do tribunal, confirmando ou modificando o entendimento do Relator, se ainda houver interesse, é que poderá ser interposto o recurso especial ou extraordinário.”<sup>10</sup>

Também Humberto Theodoro Júnior:

“É importante destacar que a falta do agravo interno é impeditivo ao cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial.”<sup>11</sup>

Julgados do STJ externam esse posicionamento quanto ao prévio exame pelos tribunais de 2º grau, de que é exemplo o REsp 284.152/RN, Relator o Ministro Felix Fischer, de 13.12.00:

“Sendo a decisão proferida no julgamento de apelação tomada monocraticamente, em observância ao art. 557 do CPC, deveria a recor-

---

9 DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 199. v. 3.

10 Obra e página citadas.

11 THEODORO NETO, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO, Ana Vitória Mandim. *Código de Processo Civil anotado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 732.

## DOCTRINA

rente, antes de interpor recurso especial, esgotar os recursos ordinários cabíveis na instância de origem, *in casu*, o agravo previsto no § 1º do mencionado dispositivo.”

Importante o alerta feito por Wanessa Françolin, a respeito do papel do Relator, ao enfatizar não ser ele uma instância de julgamento; a sua atuação se volta exclusivamente para antecipar a decisão, dentro dos parâmetros fixados pela própria lei, mesmo porque o juiz natural do recurso é o órgão colegiado. Diz ela:

“Pode-se equiparar o papel do Relator ao de um ‘porta-voz avançado’: o que ele diz supõe-se que o diga ‘antecipando’ a decisão do colegiado. Ao interessado ressalva-se o direito de desencadear um mecanismo de controle, capaz de mostrar se a ‘antecipação’ corresponde ou não ao entendimento ‘antecipado’; em outras palavras, se merece crédito o ‘porta-voz’.”<sup>12</sup>

## CONCLUSÃO

Por essas razões, concluo no sentido de ser cabível o recurso de revista do acórdão do Tribunal Regional que aprecia agravo interposto para impugnação de decisão monocrática do Relator quando este último atua autorizado pelo art. 557 e seus parágrafos do CPC, na linha do quanto decidido, em matéria similar, pelo STF e pelo STJ.

---

12 *Ob. cit.*, p. 53-54.

# DANO MORAL: (IM)POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS SOCIOECONÔMICOS DO TRABALHADOR-VÍTIMA PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA

Eduardo Simões Neto\*

## INTRODUÇÃO

É antiga a ideia de que ninguém pode lesar o seu semelhante (*neminem laedere*), devendo o descumprimento de tal norma gerar reparação proporcional ao dano causado.

A ideia está expressamente positivada no art. 927 do Código Civil de 2002, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O art. 187 do mesmo Código amplia a proteção dispondo que também cometerá ato ilícito aquele que, apesar de detentor de um direito, o exercer de forma inadequada.

O art. 5º, V, da Constituição de 1988 consagra expressamente o dano moral ao determinar que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. O inciso X do mesmo artigo, por sua vez, protege a intimidade e a vida privada, ficando o titular de tais direitos resguardado de constrangimentos e desconfortos da divulgação de fatos que lhe digam exclusivo respeito.

---

\* Advogado; mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas com a distinção Magna Cum Laude; pesquisador da CAPES (modalidade de bolsas do PROSUP – Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares); especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho – CEPAC; professor convidado do Curso de Especialização em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro da Faculdade de Direito da UFMG e da Università degli Studi di Roma Tor Vergata; professor da pós-graduação lato sensu e do curso de extensão da FAMINAS/Muriaê; professor da pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho Corporativo da UNI-BH; professor da pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Curso Pro Labore; professor universitário com ampla experiência (UFMG, Unipac, Ibhes, Unifenas, Facemg); possui artigos publicados no Brasil e no exterior.

## DOCTRINA

Trata-se de dano que não possui fundo econômico, também não sendo possível o seu desfazimento. Surge uma complexa questão: como se indenizar a vítima? Ultrapassada essa questão pela adoção de uma compensação pecuniária pelo dano sofrido, um segundo e complexo problema se apresenta: a forma de se calcular essa compensação.

Na ausência de subsídio legal, convencionou-se que deverá ser fixado pelo magistrado caso a caso, sopesando dentre outros fatores, as condições socioeconômicas dos envolvidos. Isso leva alguns julgadores a fixar o valor da compensação com base no salário da vítima. Entretanto, o valor da dignidade da pessoa humana preserva de forma igual todo ser humano, independente de seu patrimônio ou remuneração, o que torna a validade desse consagrado critério merecedora de uma análise pormenorizada.

O presente artigo busca analisar a possibilidade de as condições socioeconômicas da vítima influenciarem na fixação da compensação pecuniária por dano moral, o que será feito à luz da dignidade da pessoa humana e das particularidades inerentes ao ambiente de trabalho.

### DO DANO MORAL

Há uma verdadeira “anarquia conceitual”<sup>1</sup> envolvendo o dano moral. Ainda assim, pode-se identificar forte tendência a atrelá-lo a uma violação a um direito da personalidade.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa<sup>2</sup> defende que “dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade, enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”.

Na mesma esteira Vladimir Florindo<sup>3</sup> conceitua “o dano moral como aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que cause um mal com fortes abalos na personalidade do indivíduo”.

O dano moral é, portanto, a lesão à personalidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, que importe em diminuição de direitos extrapatrimoniais que são inerentes e essenciais, como nome, imagem, identidade, honra, liberdade, sociabilidade, reputação, autoria, integridade física, ou, como determina a cláusula geral protetiva inserida no texto constitucional, quaisquer direitos

---

1 Pinho Pedreira atribui a expressão à jurista uruguaia Cristina Magarelli (PEDREIRA, Pinho. *A reparação do dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 25).

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47.

3 FLORINDO, Vladimir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 53.



## DOCTRINA

necessários para assegurar uma vida digna, pois não se busca assegurar qualquer vida, mas, sim, uma vida digna.

Exatamente por envolver bens e valores que não possuem fundo econômico, surge um problema: como se indenizar a vítima? Ultrapassada essa questão pela adoção de uma compensação pecuniária pelo dano sofrido, há um segundo e complexo problema: a forma de se calcular essa compensação. Por tratar-se de compensar danos a bens cujo valor não possui fundo econômico, surgiram diversas teses.

Inicialmente, foram realizadas tentativas de se positivar parâmetros objetivos, também chamados de sistema fechado ou tarifado, por meio do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27.08.62, e da Lei de Imprensa, Lei nº 5.250, de 09.02.67.

A Lei nº 4.117/62 – Código Brasileiro de Telecomunicações – determinava que o juiz deveria observar a posição social ou política do ofendido para quantificar a indenização por dano moral, determinando ainda como critérios a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. Também impunha limites mínimos e máximos para a indenização, de cinco e 100 salários-mínimos, respectivamente. Entretanto, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 236/67.

A Lei nº 5.250/67 – Lei de Imprensa – também previa a posição social e política do ofendido como elemento dessa intrincada equação, destacando, ainda, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a intensidade do dolo ou culpa, situação econômica do ofensor e retratação. Os arts. 51 e 52 traziam a tarifação da indenização. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal<sup>4</sup> declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa na parte em que fixa parâmetros para a fixação do dano moral. Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 281, dispondo que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Arruda Miranda<sup>5</sup> também afirma que “a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais”.

Fato é que revogados e não recepcionados os critérios existentes, passaram a doutrina e a jurisprudência a indagar quais critérios deveriam ser

---

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 447.584-7/RJ*. Rel. Min. Cezar Peluso, Boletim da AASP nº 2.522, p. 1.353, entendimento também adotado na ADPF 130/DF, cuja decisão liminar levou à revogação da tarifação do dano moral previsto na Lei de Imprensa.

5 MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à Lei de Imprensa*. 3. ed. São Paulo: RT, mar. 1995. p. 733. n. 713.

## DOCTRINA

adotados. O vácuo legislativo não foi preenchido pelo Código Civil de 2002, que, assim como o Código de 1916, não fornece critérios claros e suficientes para a quantificação da reparação por dano moral. A Consolidação das Leis Trabalhistas é igualmente omissa quanto ao tema.

Na ausência de subsídio legal, deverá o magistrado fixá-la por arbitramento que prevalecerá somente para o caso *sub examinen*. Em tal tarefa, identificam a doutrina e a jurisprudência, nos arts. 944 e 945, a determinação para que o magistrado sopesse a extensão do dano; as condições socioeconômicas dos envolvidos (autor do fato danoso e vítima); o grau de culpa do autor do fato, da vítima e, se for o caso, de terceiros envolvidos no evento; aspectos subjetivos das partes e, finalmente, o caráter pedagógico e punitivo da indenização.

Nota-se que os critérios acima apontados são fortemente influenciados pelos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações, que, apesar de revogado, continua, assim, a exercer efeitos muito parecidos com a vigência.

Nesse sentido, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar do STJ destacou no REsp 277.407/RJ o seguinte:

“O recorrente sustenta, ainda, que houve excesso na fixação do valor da indenização, com ofensa aos arts. 159 do Código Civil e 53 da Lei de Imprensa. Como se sabe, e é da jurisprudência pacificada neste Tribunal, não permanece a limitação indenizatória fixada na lei especial. Isso, porém, não significa que esteja derogado o disposto no art. 53 da Lei de Imprensa.”

Hoje, percebe-se a frequente utilização da capacidade econômica da vítima, muitas vezes com o parâmetro da remuneração, como fator dessa complexa equação. De fato, a doutrina e a jurisprudência entendem ser possível graduar a compensação pecuniária por dano moral de acordo com identificadores de renda, escolaridade e ocupação, relação com a sociedade em que vive, posição familiar, enfim, condições socioeconômicas da vítima.

A doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>6</sup>, por exemplo, cita expressamente como um dos parâmetros para fixação da compensação pecuniária por danos morais a “posição social, financeira e patrimonial da vítima”. José Cairo Júnior<sup>7</sup>, de forma similar, cita como parâmetros para fixação do dano a “(...) condição pessoal da vítima, capacidade financeira do ofensor, intensi-

6 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 187.

7 CAIRO Jr., José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003. p. 103.

dade do ânimo de ofender, gravidade do dano e repercussão da ofensa”. As condições econômicas da vítima também estão como parâmetro nas obras de Alice Monteiro de Barros<sup>8</sup>, José Afonso Dallegrave Neto<sup>9</sup>, Milton Oliveira<sup>10</sup> e Mauro Schiavi<sup>11</sup>. Em que pese o respeito demandado por esses excelentes autores, imensamente admirados, discordamos dos mesmos nesse aspecto, pelos motivos que serão abaixo explicitados.

Na jurisprudência, também nos está presente tal elemento. À guisa de exemplo, em decisão de 2013 se deferiu “indenização por danos morais, arbitrados em um ano de salários”<sup>12</sup>. Noutro caso, deferiu-se “indenização no importe de R\$ 2.000,00, valor equivalente a três meses de salários da reclamante”<sup>13</sup>.

Na mesma esteira:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em termos que se mostrem razoáveis e compatíveis com a realidade que cercou a relação das partes, cabendo levar-se em consideração as atividades profissionais do empregado, o tempo de serviço, o valor do salário e as peculiaridades de cada caso. Deve-se procurar evitar que a reparação do dano extravase essa finalidade e resulte em enriquecimento indevido. Recurso provido para acolher-se o pedido da reclamada de revisão do *quantum* indenizatório.” (TRT da 4ª Região, RO 9533-2000-022-04-00-7 [Ac. 7ª T., 19.10.05]; Rel. Juiz Flávio Portinho Sirangelo; DJRS 20.11.05)

“A dosimetria do *quantum* indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda.” (TST, 2010, DEJT 03.12.2010 – grifo nosso)

- 
- 8 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 656-657.
- 9 DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 155.
- 10 OLIVEIRA, Milton. *Dano moral*. São Paulo: LTr, 2011. p. 87.
- 11 SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 45/2004*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 232-233.
- 12 MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00290-2003-043-03-00-4. Data da Decisão: 05.11.03. Data de Publicação: 15.11.03. Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Paulo Araújo.
- 13 A notícia não fornece o número do processo, provavelmente por ter corrido em segredo de justiça, o que é provável em função dos fatos narrados.

## DOCTRINA

“A indenização por danos materiais deve levar em conta o grau de comprometimento físico da trabalhadora. Além disso, diversos fatores devem ser considerados para a fixação da indenização por danos morais, como a ofensa e a extensão da lesão, as condições econômicas, sociais e culturais das partes e também nas quais o dano ocorreu, além do caráter pedagógico e punitivo da condenação.” (TRT da 2ª Região, 2009, DOE – publicação eletrônica)

Os Tribunais de Justiça também possuem decisões em que o valor do dano moral é fixado levando em consideração condições socioeconômicas do ofendido:

“Na fixação do valor da indenização por danos morais é necessário levar em consideração as circunstâncias das partes no evento, e suas condições socioeconômicas, o grau de culpa do ofensor e a natureza da lesão, atentando-se para o fato de que a quantia deve propiciar uma satisfação à vítima sem provocar o seu enriquecimento injustificado.” (TJMG, Apelação Cível 1.0702.06.278283-5/001 2782835-54.2006.8.13.0702 (1). Rel. Des. Batista de Abreu. Data de Julgamento: 04.08.2010. Data da publicação da Súmula: 24.09.2010)

Registre-se ser frequente a sua fixação em determinada quantidade de salários-mínimos, o que, embora possível, não é obrigatório<sup>14</sup>. Nesse sentido, há a tabela no *site* do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>, na qual diversos casos tiveram o valor da indenização fixado com base em salários-mínimos.

O Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>, por sua vez, possui Súmula de 1963 dispondo que o salário pode ser considerado fator de composição de indenização por acidente de trabalho:

“STF – Súmula nº 314 – 13.12.63 – Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 140.

---

14 Em que pese a vedação constitucional do art. 7º, IV, da sua vinculação a qualquer fim, tal medida busca evitar que o salário-mínimo se torne medida de valor, prática que conspira contra sua valorização econômica, e, *in casu*, tal não ocorre, sendo, portanto, possível a sua utilização. Nesse sentido, também decidiu o STF no AgR 444.412-6-RS (Ac. 2ª T., 12.08.03), Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 19.03.03, p. 26.

15 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmulas*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

## DOCTRINA

Composição do Dano por Acidente do Trabalho ou de Transporte. Contrariedade. Base da Indenização. Salário do Tempo da Perícia ou da Sentença.

Na composição do dano por acidente do trabalho, ou de transporte, não é contrário à lei tomar para base da indenização o salário do tempo da perícia ou da sentença.”

Assim, doutrina e jurisprudência, tácita ou implicitamente, continuam a se apoiar nas revogadas normas do Código Brasileiro de Telecomunicações para fixar a indenização por dano moral do trabalhador, especificamente na ideia presente no *caput* do art. 84, acima transcrito, de que na estimação do dano moral o juiz deve sopesar a posição social ou política da vítima. Ou, mais especificamente, como afirmam Irany Ferrari e Melchiades Rodrigues Martins<sup>17</sup>,

“tanto na doutrina quanto na jurisprudência encontramos posição no sentido de que a indenização por dano moral pode ser fixada levando-se em conta o salário do ofendido e vinculada ao seu tempo no serviço, por analogia ao art. 478 da CLT, que trata da indenização por tempo de serviço.”

Se adotados os critérios acima apontados, o valor da indenização a uma lesão a um direito da personalidade vai oscilar em direta proporcionalidade à remuneração da vítima: indenização maior para vítimas com maior remuneração e indenização menor para vítimas com menor remuneração.

## DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana preserva de forma igual todo ser humano, independe de sua remuneração. Liga-se à existência do ser humano, e não ao seu patrimônio. Pode-se adotar um critério binário e fixo: sim ou não. Se pertence à família humana é dotado de dignidade, integral e invariável, sendo irrelevantes todas as suas particularidades. Noutras palavras: a dignidade protege a existência e a essência, não variando em função da sua cor, credo, opção sexual e, especificamente, patrimônio.

Sobre o tema, disserta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup> que “a dignidade independe de circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa

---

17 FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 674.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 99-101.

humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade”. Escrevendo sobre a dignidade da pessoa humana na Constituição vigente, o autor também conclui que a dignidade é uma característica distintiva de cada ser humano, que se torna, assim, credor do “mesmo respeito e consideração”<sup>19</sup> não apenas do Estado, mas, também, de toda a comunidade, o que, por certo, inclui o seu empregador<sup>20</sup>.

Na mesma esteira, Cármem Lúcia Antunes Rocha<sup>21</sup> destaca que

“gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.”

Para Flávia Piovesan<sup>22</sup>, “todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de outro critério, senão o de ser humano”.

André Gustavo Corrêa de Andrade<sup>23</sup> reforça a ideia de que a dignidade, direito inerente a todos os seres humanos, “qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana, o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes”. E arremata: “a despeito de todas as diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais”.

Entende André Gustavo Corrêa de Andrade<sup>24</sup> que:

---

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 59-60.

20 “(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos seres humanos.” (SARLET, 2002, p. 59-60)

21 ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Direito de todos e para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13.

22 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 188.

23 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 9-10.

24 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em: 10 nov. 2012.

## DOCTRINA

“Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato.”

Immanuel Kant<sup>25</sup> recomenda: “ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”, formulando, assim, distinção entre pessoas – sujeitos de direito – e coisas – objetos de direito. A dignidade colocaria, assim, os homens em posição de supremacia igualitária, única forma de manutenção do imperativo categórico.

Todos os seres humanos, por terem a mesma dignidade intrínseca, merecem idêntica consideração por parte de todos, inclusive no momento em que a violação à sua dignidade for ser quantificada de acordo com as particularidades do caso concreto. A ideia está presente na obra de Mauricio Godinho Delgado<sup>26</sup>, que, escrevendo sobre os critérios para aferição do dano moral e fixação da indenização, aponta que “a honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independente de sua posição social, econômica, cultural, etc.”.

Lado outro, a Constituição de 1988 busca implementar um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, de modo que a igualdade a ser buscada é a material, associada à justiça distributiva e social, buscando que as pessoas estejam equiparadas não somente perante a lei, mas perante a vida<sup>27</sup>.

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho<sup>28</sup> explica que “se erigi a dignidade como valor fundante da Constituição Federal”, de modo que temos “o princípio da dignidade humana como o valor fundamental da República e, portanto, o elemento axiológico e legal de influxo de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Volta-se o direito para o homem”.

---

25 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1992. p. 69.

26 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 630.

27 BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 42.

28 MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A proteção contra a despedida arbitrária e o princípio da dignidade do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 76, n. 4, p. 56-62, out./dez. 2010.

## DOCTRINA

José Roberto Freire Pimenta<sup>29</sup> ensina que o tratamento desigual “por motivos infundados, arbitrários ou ilegítimos” configura discriminação.

Dessa forma, se ao indenizar uma vítima com pouca projeção econômica o valor for minorado em função dessa particularidade, estará adotando a equivocada ideia/pré-conceito de que o desrespeito a tais seres humanos é menos grave, o que configura discriminação e viola a dignidade da pessoa humana, consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Constituição de 1988 (art. 1º, III).

### AMBIENTE DE TRABALHO: ESPECIFICIDADES

No mundo contemporâneo “imperava, culturalmente, a ideia do trabalho como fator dignificante da pessoa humana e como elemento de socialização do indivíduo”<sup>30</sup>. O homem moderno precisa do trabalho para confirmar a sua identidade<sup>31</sup>. Basta perceber que, após se apresentar dizendo o nome, uma pessoa é naturalmente indagada sobre “o que faz”. Assim, mesmo nos raros casos em que não se precisa da remuneração para sobreviver, o ser humano trabalhador extrai benefícios sociais e psicológicos do trabalho. Encontra-se, assim, conectado ao trabalho.

Sobre o tema, explica Mauricio Godinho Delgado<sup>32</sup> que o emprego é “um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar, social, econômica”.

Antônio Álvares da Silva<sup>33</sup> afirma que “o homem sem trabalho é um cérebro sem a ferramenta transformadora”, e conclui que o trabalho assume “diferentes nuances valorativas, que transcendem o aspecto econômico e se afirmam também na ética, na religião, na política e no direito”.

Hannah Arendt<sup>34</sup> destaca que a época moderna trouxe a glorificação do trabalho, e teme a existência de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho<sup>35</sup>,

---

29 PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais da luta contra a discriminação, na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 215.

30 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. v. I São Paulo: LTr, 2011. p. 41.

31 CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho: do hoje para o amanhã*. São Paulo: LTr, 2006. p. 49-53.

32 DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2010. p. 29-30.

33 SILVA, Antônio Álvares da. *Direito do trabalho no pós-moderno*. Belo Horizonte: RTM, 2010. p. 10.

34 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 95p.

35 A expressão traduz interessante paradoxo.



na qual os homens restariam destituídos da única atividade que lhes resta, o que conclui ser gravíssimo. Para os romanos, a expressão “viver” era sinônima de “estar entre os homens” e a expressão “morrer” era sinônima de “deixar de estar entre os homens”. O banimento equivalia, assim, à morte, na medida em que impedia que se estivesse entre os homens. O banido continuava biologicamente vivo, andando e respirando, mas sem contato com os seus pares. A noção pode ser trazida para o mundo moderno: no atual capitalismo o trabalhador sem trabalho anda e respira, mas é um homem fora do mundo, ou, ainda pior, um homem sem valor.

E, por depender do trabalho, o trabalhador não possui real capacidade de se impor perante aquele que pode lhe subtrair o trabalho ou alienar o seu resultado. O terreno é fértil para a ocorrência de danos morais e materiais.

Não se defende que o ser humano seja apenas trabalho: além deste, há outros interesses e necessidades, como a família, a saúde, os esportes, a procriação e as artes, dentre tantos outros. Yves Clot<sup>36</sup> identifica todas essas dimensões, afirmando que o ser humano é policêntrico. O que se defende é que o trabalho é um dos aspectos essenciais para a plenitude do ser humano, pois lhe concede inúmeros benefícios sociais e psicológicos. Ademais, além desses benefícios, lhe assegura a possibilidade econômica de satisfazer suas necessidades essenciais, pois, como destaca Mauricio Godinho Delgado<sup>37</sup>, “na sociedade contemporânea a vasta maioria das pessoas vive dos rendimentos propiciados por seu trabalho”. Assim, a ausência de trabalho remunerado representaria para essa imensa maioria a impossibilidade de arcar com os custos de moradia, higiene, saúde e alimentação.

Ainda com Mauricio Godinho Delgado<sup>38</sup>: exatamente em função desse desequilíbrio, há no Direito do Trabalho “uma teia de proteção à parte hipossuficiente”, de modo que predominam “normas essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros” – princípio da proteção que influi em “toda a estrutura e caracterização próprias desse ramo jurídico especializado”.

Explica Luiz Philippe Vieira de Mello Filho<sup>39</sup> que o direito do trabalho, “elevando o homem a um patamar mínimo da existência humana, contraria os

---

36 CLOT, Yves. *A função psicológica do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006. 50p.

37 DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 16.

38 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 193.

39 In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2012. p. 11.

princípios individualistas que nortearam todo o direito construído de origem romano-germânica”.

Ora, o princípio da proteção, cardeal do direito do trabalho, impõe a busca pelo equilíbrio nas relações trabalhistas por meio de proteção do hipossuficiente. As pessoas que têm *status* econômico ou social menos elevado são as que mais precisam de proteção contra abusos, pois são as “vítimas preferidas” de agressões. Utilizar as condições socioeconômicas como um fator de fixação da compensação pecuniária por dano moral, mais do que contrariar, inverteria a lógica dessa baliza do ramo justralhista, legitimando a diferença que o Direito do Trabalho busca combater.

Não custa ressaltar que a divergência socioeconômica no Brasil está entre as maiores do mundo. Nesse sentido, explica Carlos Alberto Gomes Chiarelli<sup>40</sup> que “entre países modelares na distribuição de renda – como Dinamarca, Finlândia, Canadá, etc. – do piso ao teto da hierarquia remuneratória, [a diferença] não ultrapassa a 1 x 15”, sendo que “nas regiões subdesenvolvidas, há diferenças que superam 1 x 200 (o mais bem remunerado recebe 200 vezes o salário do menos aquinhado)”. Esse desajuste, conclui o autor, não é apenas econômico, pois humilha as pessoas, agride a dignidade e coloniza países. Entretanto, de acordo com pesquisa do IPEA<sup>41</sup>, o Brasil não está inserido em tal quadro, possuindo diferença entre o menor e maior salário de 1.714,3 vezes<sup>42</sup>, quase nove vezes superior à de regiões consideradas subdesenvolvidas. Senão vejamos:

“Dizer que o Brasil encontra-se entre os países de maior desigualdade do mundo não representa mais uma novidade. No entanto, perceber que a distância entre o menor e o maior salário no país chega a atingir quase 2 mil vezes parece inacreditável nesse início de terceiro milênio.

Mas é realmente isso que está acontecendo no Brasil. Com base no estudo recente realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), a desigualdade salarial constatada no interior do setor estruturado do mercado de trabalho foi de 1.714,3 vezes no ano de 2006.

Isso porque a menor remuneração paga recebida pelo trabalhador foi de R\$ 70 mensais, enquanto o maior salário capturado pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE foi

---

40 CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho: do hoje para o amanhã*. São Paulo: LTr; Caxias do Sul: Universidade Caxias do Sul, 2006. p. 31.

41 A obra de Chiarelli, publicada pela Editora LTr em 2006, não especifica em qual situação o Estado brasileiro estaria em tal quadro.

42 Consta na obra a data de maio de 2006, o que, como é sabido, implica na sua entrega ao editor com meses de antecedência. Daí a afirmação de que a pesquisa de 2006 é posterior à conclusão da obra.

## DOCTRINA

de R\$ 120 mil mensais. A desigualdade salarial no interior do mercado de trabalho pode ser ainda maior, uma vez que o estudo considerou tão somente o setor estruturado do mercado de trabalho, responsável por 7,7 milhões de trabalhadores.<sup>743</sup>

Essa enorme disparidade não sobrevive sem que existam interesses políticos, sociais e econômicos lutando pela sua manutenção e, quiçá, até mesmo pelo seu incremento.

Essa enorme disparidade é relevante para o presente artigo, pois, caso a remuneração seja utilizada como variável para o cálculo de indenizações por danos morais, a violação da dignidade de um ser humano poderia ser de até 1.714,3 vezes superior ou inferior à de outro. A dor do homem mais rico valeria 1.714,3 vezes a dor do homem mais pobre, o que configura discriminação inaceitável à luz da Constituição vigente.

## DIREITO E MEMÓRIA

A identidade do indivíduo não é autodeterminada, mas fruto de convívio em um meio repleto de valores políticos, culturais, filosóficos e religiosos. Existem subjetividades que determinam os padrões de comportamento da nossa sociedade: somos frutos do nosso meio e do nosso tempo. Nesse sentido, destaca Antônio Álvares da Silva<sup>44</sup> que “temos que aprender tudo, o contrário dos animais que têm a vida biológica escrita pela própria natureza”. Há, portanto, uma influência recíproca entre o homem e o mundo externo, em eterna (re) construção histórica de valores, que são “frutos da vivência”<sup>45</sup>.

De acordo com Hannah Arendt<sup>46</sup>, o ser humano tem a capacidade de ser bom e de ser mau, de incentivar e de desmoralizar, tudo a depender da direção para qual se aponta o potencial. E, ainda de acordo com a autora, essa é uma questão que não está nas leis. Direito é um fenômeno vivo graças à linguística. De fato, o direito foi reprogramado diversas vezes ao longo do tempo. O que se entende por trabalho foi alterado. Também o que se entende por igualdade, Estado, soberania, legalidade e tantos outros valores e institutos. O poder de direção pode (e deve) sofrer similar processo de alteração do seu significado,

43 POCHMANN, Márcio. Desigualdade salarial. *Revista Fórum*, 2011. Disponível em: <[http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe\\_materia.php?codMateria=1408](http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe_materia.php?codMateria=1408)>. Acesso em: 26 jun. 2012.

44 SILVA, Antônio Álvares da. *Direito do trabalho no pós-moderno*. Belo Horizonte: RTM, 2010. p. 113-114.

45 A expressão é utilizada por Antônio Álvares da Silva (SILVA, Antônio Álvares da. *Direito do trabalho no pós-moderno*. Belo Horizonte: RTM, 2010. p. 115).

46 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

## DOCTRINA

para que se consagre uma mentalidade que prime pelo respeito ao ser humano e a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, as práticas humanas não são inteiramente racionais, mas, em grande parte, decorrentes de uma imperceptível e inconsciente praxe interna ao sujeito que a pratica.

Clifford Geertz<sup>47</sup> menciona a existência de uma antropologia cultural cognitiva que faz com que cada povo superestime determinadas questões consideradas mais relevantes, podendo-se extrair das questões escolhidas traços importantes de sua cultura. Assim, “a política de um país reflete a sua cultura” que não se traduz em “cultos e costumes, mas, sim, em significados”. Geertz<sup>48</sup> cita ainda Max Weber, para quem o homem é um animal amarrado em teias de significados que ele mesmo teceu. A cultura é pública porque o significado o é.

Há uma história das mentalidades e ela gera costumes e praxes muitas vezes institucionalizadas.

Os modelos se tornam fortes e se perpetuam até o momento em que um determinado setor da sociedade que goze de suficiente influência intervenha e mude a forma de pensar, promovendo uma verdadeira reprogramação social, ou, de acordo com Michel Foucault, que se criem novos saberes. Assim, se na idade média era comum levar os filhos de 10 anos para assistir a decapitações, enforcamentos e outras formas de execução, hoje a maioria dos países não permite que filhos dessa idade assistam a cenas violentas nem mesmo em um programa de televisão.

O direito também evoluiu, e hoje, não mais se contenta com a lógica liberal da repressão ao ato nocivo, devendo ser também proativo para evitá-lo. A tutela deve ser o mais coincidente possível com o bem da vida desejado. No caso do dano moral, essa coincidência é impossível. Dessa forma, a melhor – talvez a única – forma de fugir da limitada e insuficiente noção liberal de punição posterior seja evitar que o dano ocorra, e para isso é necessário tornar o desrespeito um mau negócio. Reforça-se esse argumento com a doutrina de Paul Ricoeur<sup>49</sup>, para quem é possível fazer um remanejamento da memória, trazendo à tona fatos que passariam a ser interpretados de outra forma. Assim, a violência considerada normal seria reinterpretada em função da pesada punição, passando a ser vista sob outro foco. Ao mudar a interpretação do passado, a

---

47 GEERTZ, Clifford. *A interpretação da cultura*. Rio de Janeiro: LTC, 1989. p. 135.

48 GEERTZ, Clifford. *A interpretação da cultura*. Rio de Janeiro: LTC, 1989. p. 10.

49 RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Tradução de Alain François. Campinas: Unicamp, 2007.

## DOUTRINA

pena mais significativa muda a forma como o agressor vê a agressão. O normal se tornaria anormal. A regra a exceção. Dessa forma, ao alterar a memória o ser humano muda a sua identidade.

Giorgio Agamben<sup>50</sup> critica a “mixórdia de eventos” que cerca o homem moderno. Há fatos “divertidos ou maçantes, banais ou insólitos, agradáveis ou atrozes”, mas, quando o “homem moderno volta para casa à noitinha”, “nenhum deles se tornou experiência”. Há uma “banalidade do cotidiano”. A aplicação de penalidades mais altas teria o condão de mudar essa banalidade cotidiana. Se os valores de dois mil reais sequer geram uma experiência, afirma-se que uma indenização por danos morais em valores mais altos certamente seria tratada de forma diferente, levando o ofensor e a empresa que permite que a ofensa ocorra a repensarem a sua forma de produção.

A pena pecuniária deve, assim, ser incentivada como instrumento de construção de uma nova postura de respeito ao ser humano. De fato, a redação da sentença é “pague tanto”, mas a norma contida em tal texto é muito mais ampla: sempre que houver desrespeito ao ser humano poderá haver pagamento para compensar tal violência. E valores fundados na remuneração do trabalhador brasileiro, além da inconstitucionalidade, geram indenizações pequenas e que não cumprem o seu valor pedagógico. Destarte, a fundamentação ganha especial importância, pois, muito além do valor da compensação, o juiz colocará em primeiro plano a condição humana daquele ofendido; mas também se deve investir em raciocínios emancipatórios.

Não se defende a recriminação de brincadeiras e da alegria, o que levaria à consequente morte do modo de vida do brasileiro, mas, se vários modelos foram alterados, pode-se implementar um novo modelo fundado no respeito, educação e dignidade da pessoa humana. A alegria deve ser incentivada, o desrespeito não.

## CONCLUSÃO

O princípio central do direito do trabalho é a proteção dos trabalhadores, que são hipossuficientes na relação de trabalho. O trabalhador mal remunerado possui hipossuficiência superior ao do trabalhador bem remunerado, necessitando de maior proteção. A utilização das condições socioeconômicas da vítima para fins de fixação do valor da compensação pecuniária por dano moral inverte a lógica inerente ao princípio da proteção e aprofunda a desigualdade inerente

---

50 AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história*: destruição da experiência e origem da história. Tradução de Henrique Burio. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 22.

## DOCTRINA

à relação de trabalho. A conclusão independe de o vínculo ser empregatício, pois nas demais relações de trabalho também há um poder de direção da força de trabalho que deve ser humanizado.

A utilização das condições socioeconômicas da vítima para a fixação do valor da indenização por dano moral cria um ambiente ainda mais desigual e propício a violências contra o mais frágil do que o existente no paradigma liberal de Estado, pois não se limita a ignorar as diferenças materiais como ocorre no paradigma liberal, utilizando as diferenças para proteger com menos veemência os mais frágeis.

Quantificar a indenização por dano moral considerando as condições socioeconômicas da vítima inverte a lógica do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988, pois fornece maior proteção ao mais forte e menor proteção ao mais frágil. Também peca por ignorar que todo ser humano possui a mesma dignidade, pois seu valor não oscila de acordo com raça, credo, sexo ou condições socioeconômicas – a dignidade da pessoa humana preserva de forma igual todo ser humano, independente de seu patrimônio ou remuneração. Como se não bastasse, viola o princípio da igualdade por basear-se na ideia discriminatória de que a dignidade de quem possui um salário maior é superior à de quem possui um salário menor, sendo, portanto, inconstitucional.

O trabalho, fonte de construção do ser humano e da sua personalidade, vem sendo distorcido pelos excessos do capitalismo, mas deve ser regulado pela dignidade, não pelo desrespeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Infância e história: destruição da experiência e origem da história*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Indenização punitiva*. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136)>. Acesso em: 10 nov. 2012

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. 2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 447.584-7/RJ*. Rel. Min. Cezar Peluso. Boletim da AASP nº 2.522, p. 1.353.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmulas*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

CAIRO Jr. José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. *Trabalho: do hoje para o amanhã*. São Paulo: LTr, 2006.

CLOT, Yves. *A função psicológica do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006.

COOPER, Cary L. A natureza mutante do trabalho: o novo contrato psicológico e os estressores associados. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven L. (Org.). *“Stress” e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

\_\_\_\_\_. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiades Rodrigues. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FLORINDO, Vladimir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação da cultura*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: 70, 1992.

MASLACH, Christina. Entendendo o *burnout*. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven L. (Org.). *“Stress” e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A proteção contra a despedida arbitrária e o princípio da dignidade do ser humano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 76, n. 4, p. 56-62, out./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2012.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 3. ed. São Paulo: RT, mar. 1995. n. 713.

OLIVEIRA, Milton. *Dano moral*. São Paulo: LTr, 2011.

PEDREIRA, Pinho. *A reparação do dano moral no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

## DOCTRINA

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

POCHMANN, Márcio. Desigualdade salarial. *Revista Fórum*, 2011. Disponível em: <[http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe\\_materia.php?codMateria=1408](http://www.revistaforum.com.br/conteudo/detalhe_materia.php?codMateria=1408)>. Acesso em: 26 jun. 2012.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Direito de todos e para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSSI, Ana Maria. Estressores ocupacionais e diferenças de gênero. In: ROSSI, Ana Maria; PERREWÉ, Pamela L.; SAUTER, Steven L. (Org.). *"Stress" e qualidade de vida no trabalho: perspectivas atuais da saúde ocupacional*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 45/2004*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Direito do trabalho no pós-moderno*. Belo Horizonte: RTM, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. v. I São Paulo: LTr, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.



# PROTEÇÃO OU DISCRIMINAÇÃO? PASSANDO A LIMPO ALGUMAS NORMAS DE TUTELA DO TRABALHO DA MULHER

Flávio da Costa Higa\*

Regina Stela Corrêa Vieira\*\*

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

**A** igualdade sempre foi um tema bastante caro e espinhoso para a humanidade. Se, por um lado, todas as pessoas são diferentes e têm o direito de reivindicar essa distinção quando a igualdade for um fator de injustiça, por outro, não se pode ignorar que também são iguais e devem ter essa igualdade preservada quando a diferença constituir critério de discriminação. Assim, pode-se afirmar que o progresso da civilização tem sido marcado pela tentativa de aprimoramento na correção de distorções injustificadas, numa caminhada de passos trôpegos e pendulares em busca da sociedade justa, livre e solidária que se vislumbra ao horizonte.

Aristóteles, em um de seus mais polêmicos textos, sustentou que havia pessoas cuja vocação natural era a escravidão e, portanto, o que de melhor se poderia fazer por elas era apoderar-se de suas liberdades, pois elas não saberiam

---

\* *Juiz do trabalho em Coxim (MS); doutor e mestre em Direito pela USP; professor da Escola da Magistratura do Trabalho de Mato Grosso do Sul – EMATRA/MS.*

\*\* *Mestranda em Direito do Trabalho pela USP; advogada; atual Diretora de Incentivo à Atividade Produtiva da Secretaria Municipal de Políticas para as Mulheres da Prefeitura de São Paulo.*

1 Tradução livre dos autores. No original do documento, lê-se: “Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité” (FRANÇA. *Déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen de 1789*. Article premier. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 dez. 2013).

como administrar as próprias vidas<sup>2</sup>. Em relação à mulher, afirmou categoricamente que “o macho está acima da fêmea”, do mesmo modo que “o mais velho, quando atinge o termo de seu crescimento, está acima do mais jovem”. Segundo ele, na ordem política obedece-se e comanda-se alternadamente, porém, “quanto ao sexo, a diferença é indelével: qualquer que seja a idade da mulher, o homem deve conservar sua superioridade”<sup>3</sup>.

Na França do final do século XVIII, embora os revolucionários tenham pregado “igualdade, liberdade e fraternidade”, excluíram as mulheres dos ideais preconizados e mantiveram a escravidão em todas as colônias. Em 1793, Olympe de Gouges, em resposta à versão que, autointitulada universal, dirigia-se apenas aos homens em sentido estrito, redigiu a Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã<sup>4</sup>, na qual defendia a extensão de vários direitos às mulheres, casadas ou não, dentre os quais a propriedade, a segurança e a liberdade de expressão. Sua corajosa atitude provocou a ira dos jacobinos, que a condenaram à guilhotina<sup>5</sup>.

A justificativa para a exclusão das mulheres do documento francês que proclamava a igualdade entre todos retomou o discurso aristotélico, baseando-se no único argumento aparentemente plausível, o da diferença entre os sexos. Segundo Michelle Perrot,

---

2 Assim afirmou o filósofo grego ao sustentar que os escravos possuíam a mesma utilidade dos animais: “(...) todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos. Numa palavra, é naturalmente escravo aquele que tem tão pouca alma e poucos meios que resolve depender de outrem. Tais são os que só têm instinto, vale dizer, que percebem muito bem a razão nos outros, mas que não fazem por si mesmos uso dela. Toda a diferença entre eles e os animais é que estes não participam de modo algum da razão, nem mesmo têm o sentimento dela e só obedecem a suas sensações. Ademais, o uso dos escravos e dos animais é mais ou menos o mesmo e tiram-se deles os mesmos serviços para as necessidades da vida” (ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2013).

3 *Idem*.

4 GOUGES, Olympe de. *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*. Paris, 1793. Disponível em: <[http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/femmes/olymp-de-gouges\\_declaration-des-droits-de-la-femme.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/femmes/olymp-de-gouges_declaration-des-droits-de-la-femme.asp)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

5 Perseguida pela Revolução, Gouges, nascida Marie Gouze, atacou ferozmente Marat e Robespierre, a quem denominou, respectivamente, de “aborto da humanidade” e “anfíbio”: “Si ses contemporains ont pu admettre ses idées féministes, ils lui reprocheront ses prises de position politiques. Ils lui reprocheront la Déclaration des droits de la femme, parodie de l’autre Déclaration, où elle défend les droits des femmes, mariées ou non: droits à la propriété, à la sûreté, à la liberté d’expression, à la résistance à l’oppression, droit à la vie politique pour les citoyennes comme pour les hommes. Surtout ils lui reprocheront d’avoir défendu le roi durant son procès pour soutenir Malesherbes vieillissant et faible avocat du souverain devant la Convention. Révoltée par la Terreur, elle s’en prend violemment à Marat (‘avorton de l’humanité’) et à Robespierre (‘animal amphibie’). Celui-ci l’enverra à l’échafaud le 3 novembre 1793, où elle s’écrie, devant la guillotine : ‘Enfants de la patrie, vous vengerez ma mort’” (LYCÉE OLYMPE DE GOUGES. *Histoire d’Olympe de Gouges*. Disponível em: <<http://www.olympedegouges.net/le-lyc%C3%A9e/histoire-d-olymp-de-gouges/>>. Acesso em: 10 dez. 2013).

“Essa exclusão das mulheres pouco condiz com a Declaração dos Direitos do Homem, que proclamava a igualdade entre todos os indivíduos. As mulheres não seriam ‘indivíduos’? A questão é embaraçosa; muitos pensadores – como Condorcet, por exemplo – pressentiram-na. Única justificativa: argumentar sobre a diferença dos sexos. É por isso que esse velho discurso retoma no século XIX um novo vigor, apoiando-se nas descobertas da medicina e da biologia. É um discurso naturalista, que insiste na existência de duas ‘espécies’ com qualidade e aptidões particulares. Aos homens, o cérebro (muito mais importante do que o falo), a inteligência, a razão lúcida, a capacidade de decisão. Às mulheres, o coração, a sensibilidade, os sentimentos.”<sup>6</sup>

A partir da percepção das mulheres como “excluídas da história”, desenvolveram-se teorias feministas afirmando que os papéis atribuídos aos sexos não são determinados biologicamente, mas pelo modo de produção de determinada época. Assim, a divisão sexual do trabalho, que associa o homem ao espaço público e ao trabalho produtivo e a mulher ao trabalho reprodutivo na esfera privada, delimita os papéis na sociedade e os hierarquiza, de modo que ao trabalho da mulher é atribuído valor inferior<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a categoria “gênero” é fundamental para a análise histórica, pois se contrapõe ao chamado “sexo”, que representa a condição orgânica que distingue o macho da fêmea, referindo-se ao código de conduta regente das relações sociais entre homens e mulheres, ou seja, ao “modo como as culturas interpretam e organizam a diferença sexual”<sup>8</sup>. Desse modo, as representações do gênero não são “naturalmente” ligadas ao sexo, mas derivam da construção histórica do sexismo na sociedade, altamente refletido e estruturado no direito.

Basta ver que o Código Penal italiano de 1930 punia apenas a mulher pelo crime de adultério<sup>9</sup>. Supunha-se, entretanto, que com a promulgação da Constituição de 1948 – a qual afirmava categoricamente a dignidade paritária

---

6 PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010. p. 177.

7 KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, Helena *et al.* (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009. p. 67-68.

8 YANNOULAS, Silvia Cristina. *Dossiê políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho*. Brasília, CFEME; FIG-CIDA, 2002. p. 9.

9 Dizia o art. 559 do referido diploma: “Art. 559. La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell’adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito” (ITÁLIA. *Codice Penale* (1930). Disponível em: < <http://www.altalex.com/?idnot=36653>>. Acesso em: 10 dez. 2013).

entre todos os cidadãos e a igualdade perante a lei, sem distinção de sexo<sup>10</sup> – tal regramento estaria imediatamente fadado ao esquecimento. Contudo, os instrumentos de perpetuação do jugo patriarcal não costumam ceder qualquer parcela de seu poder com facilidade. Numa decisão constrangedora do início da década de 1960, a Corte Constitucional italiana declarou a legitimidade constitucional do aludido dispositivo, sob três fundamentos: (i) a mulher, exemplo de retidão e castidade sexual, turbaria psiquicamente os seus jovens filhos ao ser vista nos braços de outro homem; (ii) a mulher, quando trai, introduz em sua prole um filho ilegítimo, ao passo que o homem, na mesma situação, gera um filho fora do seu lar; e (iii) o homem, naturalmente mais violento, pode ter reações criminosas diante do adultério da mulher<sup>11</sup>.

O direito do trabalho também reflete esse sexismo, carregando até hoje marcas da discriminação e do preconceito<sup>12</sup>. A Suprema Corte norte-americana, ao apreciar uma lei do Estado de Illinois que vedava o exercício da advocacia às mulheres, no caso *Bradwell v. The State – 83 U.S. 130* (1872), afirmou que a sua constitucionalidade decorria de Lei do Criador. De acordo com o voto do Justice Miller, o homem deveria ser o protetor da mulher, cuja timidez e delicadeza eram incompatíveis com o exercício de determinadas profissões

10 Assim dispõe o art. 3º da Constituição da República italiana: “Art. 3º Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali” (ITÁLIA. *Costituzione Della Repubblica Italiana* [1948]. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013).

11 Colhem-se da fundamentação os seguintes trechos: “É innegabile che anche l’adulterio del marito può, in date circostanze, manifestarsi coefficiente di disgregazione della unità familiare; ma, come per la fedeltà coniugale, così per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: *in primo luogo, l’azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell’ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in specie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell’età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge, a parte la eventuale – rigorosamente condizionata – azione di disconoscimento. Tutti questi coefficienti hanno agito sulle direttive del legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in specie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza n° 64, del 29 luglio 1961*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0064s-61.html>>. Acesso em: 10 dez. 2013 – sem grifos no texto original).*

12 Para um histórico muito mais completo e abrangente sobre o tema, vide: MALLET, Estêvão. *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 30-38.

e lhe atribuíam por destino supremo e missão cumprir os nobres e benignos ofícios de esposa e mãe<sup>13</sup>.

Três quartos de século mais tarde, a mesma Corte afirmaria a constitucionalidade de uma Lei de Michigan que proibia as mulheres de trabalhar em bares, ao fundamento de que as vastas transformações na posição social da mulher não vedavam que o Estado demarcasse uma fronteira clara entre os sexos no que dizia respeito ao comércio de bebidas alcoólicas<sup>14</sup>.

### A MULHER NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA

A CLT, desde sua edição, é composta por uma série de normas expressamente destinadas à proteção do trabalho da mulher, concentradas em capítulo específico (Capítulo II do Título II) e divididas por temas em cinco seções: duração e condições do trabalho, trabalho noturno, período de descanso, métodos e locais de trabalho e proteção à maternidade.

Dentre esses dispositivos, o exemplo mais citado<sup>15-16</sup> para ilustrar o histórico legislativo de discriminação de gênero no âmbito laboral é o parágrafo único

---

13 A decisão foi tomada por maioria de oito votos a um, ficando vencido o Chief Justice Chase. Nela, restou consignado que a harmonia e a identidade da família repugnavam a ideia de a mulher adotar uma carreira distinta e independente do marido (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Bradwell v. The State* – 83 U.S. 130 [1872]. Julgado em 15 de abril de 1873. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/130/case.html>>. Acesso em: 20 nov. 2013).

14 Embora com um placar mais apertado (6 X 3), a recalcitrância em relação à igualdade de gênero ainda era uma marca: “Michigan could, beyond question, forbid all women from working behind a bar. This is so despite the vast changes in the social and legal position of women. The fact that women may now have achieved the virtues that men have long claimed as their prerogatives, and now indulge in vices that men have long practiced, does not preclude the States from drawing a sharp line between the sexes, certainly in such matters as the regulation of the liquor traffic” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Goesaert v. Cleary*, 335 U.S. 464 (1948). Julgado em 20 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/335/464/case.html>>. Acesso em: 16 set. 2013).

15 Nesse sentido, Mallet: “No Brasil, para mostrar como o problema não existe apenas além das fronteiras nacionais, esteve formalmente em vigor até 1989 – o que hoje parece incrível – a regra do art. 446 da CLT, que atribuía ao marido a faculdade de rescindir o contrato de trabalho da mulher, quando sua manutenção pudesse acarretar ameaça aos vínculos de família” (MALLET, Estêvão, *op. cit.*, p. 37).

16 Silva reputa “bizarro” o dispositivo: “Cite-se, ainda, um bizarro art. 446 da CLT, que permitia a oposição do marido ou do pai ante um contrato de trabalho celebrado pela mulher, que deveria se socorrer de autorização judicial para suprir esse veto. Uma vez começado o contrato de trabalho, outrossim, o marido podia requerer sua rescisão – ao que se supõe, na modalidade do pedido de demissão em nome da mulher – sempre que seu labor acarretasse ‘ameaça aos vínculos da família’ ou ‘perigo manifesto às condições peculiares da mulher’” (SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho – trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 156. v. 3).

do art. 446. Em vigor até 1989<sup>17</sup>, sua redação concedia ao marido a faculdade de pleitear a rescisão do contrato de trabalho quando a sua continuação fosse “susceptível de acarretar ameaça aos vínculos da família ou perigo manifesto às condições peculiares da mulher”<sup>18</sup>, *rectius*, atrapalhasse na execução dos afazeres domésticos. Dessa forma, reforçava o papel da mulher de cuidado da família, criando um meio legal para evitar que o mercado de trabalho a afastasse de seu “lugar” na esfera privada.

Vale dizer que já existia na CLT a previsão do art. 5º, segundo a qual “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”, mas essa igualdade possuía viés estritamente patrimonialista: bastava que se pagasse idêntica remuneração a homens e mulheres que a legislação trabalhista estaria atendida no particular<sup>19</sup>. Ignoravam-se, assim, as diversas dimensões da igualdade, bem como a discriminação em outras esferas laborais, como nos critérios de admissão, condições de trabalho, motivação da dispensa, etc.

Com a Constituição de 1988, uma série de princípios passou a reger o ordenamento jurídico brasileiro, como a proibição de toda forma de discriminação – inclusive em relação ao sexo (arts. 3º, IV, e 5º, I) – e a declaração da igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º), dando início a um processo de adaptação do restante do sistema normativo. Parte desse processo, a Lei nº 7.855, de 1989, revogou os dispositivos que limitavam o trabalho feminino, dentre os quais o art. 379, que restringia o trabalho noturno da mulher, e o art. 387, que proibia o trabalho da mulher em subterrâneos e em atividades perigosas e insalubres. Além disso, foram inseridas regras de combate à discriminação e aperfeiçoados os artigos referentes à proteção da trabalhadora mãe.

Apesar dessas mudanças, mantêm-se em nosso ordenamento jurídico disposições relativas ao trabalho da mulher falsamente protetivas, que desqualificam as normas que deveras colaboram para a promoção da igualdade de gênero.

---

17 O dispositivo foi revogado pela Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989 (BRASIL. Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7855.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm#art13)>. Acesso em: 16 set. 2013).

18 Assim dizia o texto revogado: “CLT. Art. 446. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for susceptível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor” (BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho [1943]*, *op. cit.*).

19 “A literalidade do art. 5º serve para mostrar a concepção patrimonialista que inspirou a CLT e que ainda impregna o direito do trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta, apenas, o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. O empregado é visto, ao fim e ao cabo, não como pessoa, mas simplesmente como credor de parcelas pecuniárias. É o que explica, aliás, a quase completa omissão legislativa na disciplina dos direitos de personalidade.” (MALLET, Estêvão, *op. cit.*, p. 30-31)

## DOCTRINA

Por conta disso, propõe-se, doravante, o escrutínio de alguns dos dispositivos que mais geram debates no meio jurídico por preverem diferente tratamento de homens e mulheres, fugindo da leitura que desconsidera as relações sociais e históricas e insiste em afirmar a superação da desigualdade entre homens e mulheres nos dias atuais.

### REGRAMENTO CONSTITUCIONAL DA APOSENTADORIA

As regras de concessão de aposentadoria no Brasil outorgam o direito ao jubilo da mulher de forma mais precoce do que ao homem (CF, art. 201, § 7º)<sup>20</sup>, prescrevendo cinco anos a menos de contribuição na aposentadoria por tempo de serviço e cinco anos a menos de vida na aposentadoria por idade<sup>21</sup>.

Partindo do princípio de que tais regras se baseiam no fato de a mulher ser uma vítima histórica de discriminação, tendo mais dificuldades de acesso e manutenção no mercado de trabalho, questiona-se se, hoje em dia, o argumento ainda seria válido, vez que as mulheres teriam conquistado seu espaço no mercado de trabalho e maior igualdade em relação aos homens, além de sua expectativa de vida ser mais elevada (mulheres = 77,5 anos – homens = 70,2 anos)<sup>22</sup>.

Muitos países já alteraram seu paradigma legislativo, tendo extinguido a distinção por sexo para fins de aposentadoria. A Corte Constitucional da Bélgica, por exemplo, ao apreciar legislação de teor similar, afirmou que as regras de igualdade e antidiscriminatórias não excluíam a possibilidade de tratamento diferenciado, desde que repousassem sobre um critério objetivo razoavelmente justificável. Nesse sentido, algumas “heranças do passado” que atuaram em detrimento das mulheres respaldavam a manutenção de discrepâncias por determinado período, até que fossem escoimadas as desvantagens. Assim, em

---

20 Cujo teor é o seguinte: “Art. 201. (...) § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*).

21 De antemão, adverte-se que o debate sobre a validade dessa medida ou sobre o cálculo que estipulou em cinco anos a diferença para a compensação é demasiadamente longo, de modo que, por opção de corte metodológico, não há pretensão de abordar o tema no presente estudo.

22 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábuas abreviadas de mortalidade por sexo e idade*: Brasil, grandes regiões e unidades da federação: 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuas\\_abreviadas\\_mortalidade/2010/](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuas_abreviadas_mortalidade/2010/)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

meados da década de 1990, decidiu-se que a distinção não fazia mais sentido na conjuntura da época<sup>23</sup>.

De modo similar, ao apreciar o caso *Califano v. Webster* 430 U.S. 313 (1977), no qual se defendia a ideia de que a tutela prematura da previdência social às mulheres era justificada, pois embora elas vivessem mais tempo do que os homens, suas oportunidades de emprego seriam mais escassas ao atingirem determinada idade, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que esse argumento teve validade até a década de 1970, mas a sua manutenção implicaria atitude de “romântico paternalismo” que somente contribuiria para a longa e desafortunada história de discriminação sexual<sup>24</sup>.

No entanto, para escorreita análise da previsão do § 7º do art. 201 da Constituição, é necessário considerar a realidade da mulher trabalhadora no Brasil, numa vertente exegética que – sem menoscabo ao lugar como requisito de método – não se iluda a partir de análises comparatistas tão idílicas quanto superficiais, as quais trafegam por vetores hermenêuticos absolutamente incomparáveis sem submetê-los ao imperioso crivo das especificidades dos diferentes universos investigados<sup>25</sup>.

23 “L’article 1er, § 1er, de la loi du 1er avril 1969 instituant un revenu garanti aux personnes âgées établit une différence de traitement fondée sur le sexe. Un revenu garanti est accordé aux hommes âgés d’au moins soixante-cinq ans et aux femmes âgées d’au moins soixante ans. (...) Les règles constitutionnelles de l’égalité et de la non-discrimination n’excluent pas qu’une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu’elle repose sur un critère objectif et qu’elle soit raisonnablement justifiée. (...) Le Conseil des ministres fait valoir qu’en raison des ‘héritages du passé’, qui jouent au détriment des femmes, il n’est nullement en contradiction avec le principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes de maintenir certaines différenciations en faveur des femmes pendant le temps qui, selon une appréciation raisonnable, sera nécessaire pour effacer les handicaps dont elles ont souffert. (...) Dès lors que, comme le permet la loi en cause, une personne a droit à des moyens d’existence plus ou moins importants selon qu’elle est homme ou femme, toutes autres choses étant égales, la Cour ne peut que constater une violation des articles 6 et 6bis de la Constitution par une discrimination en fonction du sexe.” (BÉLGICA. Cour d’arbitrage. Arrêt 9/94, du 27 janvier 1994. Disponível em: <ftp://ftp.const-court.be/pub/f/1994/1994-009f.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013)

24 “If I may interrupt, I think we went into this at great length some years ago when we adopted the 62-year provision for women and the theory was that a woman at that age was less apt to have employment opportunities than a man, and despite the fact of some statistics to the effect that women live longer than men, I think the other fact is equally commanding, so there is some justification for a distinction between men and women. (...) Moreover, elimination of the more favorable benefit computation for women wage earners, even in the remedial context, is wholly consistent with those reforms, which require equal treatment of men and women in preference to the attitudes of ‘romantic paternalism’ that have contributed to the ‘long and unfortunate history of sex discrimination’.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 [1977]. Julgado em 21 de março de 1977. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=430&invol=313>. Acesso em: 20 nov. 2013 – sem destaques no texto original)

25 Nesse sentido, o enfático escólio de Martins-Costa e Pargendler: “Esses novos direcionamentos ensejam a ultrapassagem da comparação jurídica como um exercício de ‘jornalismo jurídico’, estampado na tão enfadonha quanto corriqueira justaposição das regras legais dos ‘direitos’ nacionais, ou como um



Para isso, é fundamental compreender as relações de trabalho à luz das relações de gênero e da divisão sexual do trabalho, que permitem visualizar que os papéis atribuídos aos sexos derivam de construções histórico-sociais. Conseqüentemente, não recai sobre as mulheres apenas a maternidade em si, mas também os encargos de cuidados dos filhos, o que dificulta que a grande maioria da população feminina no país consiga ter uma vida produtiva linear e ascendente, sem soluções de continuidade.

Presume-se, assim, que o tempo em que a mulher está afastada do trabalho remunerado corresponde àquele em que está cooperando para a reprodução social sem a respectiva contrapartida financeira, motivo pelo qual não poderia seguir contribuindo formalmente para a previdência. Dessa forma, a aposentadoria com menor tempo de contribuição é regra a ser interpretada como “uma tentativa de promover a igualdade de fato a partir do direito”, “comprometida com a melhora da condição social da mulher”<sup>26</sup>.

Soma-se a isso a realidade da dupla jornada das mulheres trabalhadoras, ou seja, o fato de que cabe a elas exercerem ao longo do dia tanto o trabalho produtivo, em esfera pública, quanto o trabalho reprodutivo, na esfera privada. Por conta dessa carga duplicada de trabalho, elas possuem uma jornada consideravelmente maior do que a dos homens. Segundo o IBGE, os homens trabalham fora de casa 42,1 horas por semana e as mulheres 36,1 horas, mas eles dedicam 10 horas por semana em afazeres domésticos, ao passo que elas dispensam 20,8 horas. No total, constata-se uma diferença de 4,8 horas a mais de labuta semanal pelas mulheres (56,9 horas a 52,1 horas)<sup>27</sup>. Ao longo de 30 anos de vida produtiva, a diferença atinge o patamar de quase 7.500 horas<sup>28</sup>.

Não se questiona a existência de mulheres que, hodiernamente, competem em igualdade de condições no mercado de trabalho, mas as responsabilidades familiares continuam a recair sobre elas, que só conseguem manter-se na profissão por externalizarem o trabalho doméstico para outras mais pobres. Assim,

---

‘turismo de conhecimento’, ingenuamente deslizando sobre a superfície de horizontes hermenêuticos que são, fundamentalmente, desiguais e intraduzíveis” (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. p. 16).

26 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, p. 405-430, 2006.

27 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. p. 165.

28 A conta é bastante simples: basta multiplicar a diferença semanal (4,8) pelo número de semanas de um ano (52) e, posteriormente, pela quantidade de anos da vida produtiva (30). Esclareça-se que a ausência de dedução de um mês de férias por ano do cálculo anual é propositada, haja vista inexistir o direito de interrupção anual por 30 dias dos afazeres domésticos.

ao mesmo tempo em que aumenta o número de mulheres em altas funções e em cargos de nível superior, cresce também a precarização e a pobreza de um contingente ainda maior de mulheres, num processo chamado de polarização do trabalho feminino<sup>29</sup>.

Dessa maneira, o regulamento da aposentadoria por idade deve também ser encarado como um mecanismo corretivo que visa à promoção da igualdade por meio do ordenamento jurídico. Sem a alteração do paradigma do que é trabalho, para que o tempo gasto nas tarefas domésticas e de cuidados passe a ser computado como jornada, e sem a socialização deste trabalho reprodutivo, para que não recaia majoritariamente sobre as mulheres, a distinção de tratamento prevista no art. 201, § 7º, da Constituição, como regra, continua sendo necessária, especialmente no Regime Geral da Previdência Social.

Aguarda-se, contudo, que em algum momento o Brasil consiga avaliar que atingiu igualdade material suficientemente ampla a ponto de equiparar os gêneros no plano formal das aposentadorias<sup>30</sup>. Até lá, deve-se ter a coragem de, ao menos, iniciar a discussão sobre eventuais mudanças em determinados segmentos, notadamente naqueles preenchidos por mulheres de alta capacitação, ocupantes do topo da pirâmide salarial, que contam com regime próprio de aposentadoria e vitaliciedade em seus cargos, circunstâncias que, no mínimo, mitigam os pressupostos que justificam as prerrogativas.

### A PROIBIÇÃO DA REVISTA ÍNTIMA EM MULHERES

Outro dispositivo igualmente palpitante no que tange à diferenciação de tratamento em razão do gênero, o inciso VI do art. 373-A da CLT veda ao empregador ou preposto proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias<sup>31</sup>.

---

29 HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho profissional e doméstico: Brasil, França, Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira; SORJ, Bila; BRUSCINI, Cristina; HIRATA, Helena (Org.). *Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais*. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 263-278.

30 Nesse momento, a conclusão do Poder Legislativo parece ser o da necessidade de persistir com o tratamento diferenciado, uma vez que a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, que regulamenta o § 1º do art. 201 da CF no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social, manteve privilégios às mulheres (BRASIL. Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2013).

31 “CLT. Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – 1943)

O art. 373-A foi inserido na CLT pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, com a intenção de estipular normas de combate à discriminação contra a mulher no trabalho, conforme restou consignado no próprio título da Seção I, que passou a ser denominada “Da Duração, Condições do Trabalho e Discriminação contra a Mulher”.

Com tal objetivo, o dispositivo foi coerente ao vetar a publicação de anúncio de emprego (inciso I), a recusa de emprego ou promoção e a motivação de dispensa por motivo de sexo, idade, cor ou situação familiar (inciso II). Na mesma linha, proibiu a exigência de atestado de gravidez ou exame de comprovação de esterilidade para admissão ou permanência no emprego (inciso IV), buscando combater um dos mais fortes preconceitos dos empregadores contra as empregadas: o mito dos altos custos da proteção à maternidade<sup>32</sup>.

De modo similar, a proteção prevista pelo inciso VI tinha a clara intenção de proteger as mulheres trabalhadoras da violência sexual – o que é perfeitamente defensável –, considerando a “coisificação” do corpo da mulher em nossa sociedade, o que se agrava em um ambiente em que há relações de hierarquia como acontece no trabalho, aumentando a vulnerabilidade feminina. Quantitativamente, estima-se que 52% das mulheres economicamente ativas no mundo já sofreram assédio sexual no local de trabalho<sup>33</sup>.

Entretanto, a redação do inciso foi especificamente infeliz. Primeiramente, por empregar um conceito demasiadamente aberto – “revistas íntimas” – sem defini-lo. Em segundo lugar, por ser interpretado como uma barreira à garantia constitucional dos homens trabalhadores à intimidade (CF, art. 5º, X). Finalmente, por reduzir a inviolabilidade da intimidade feminina às pessoas do sexo oposto, ou seja, desde que as revistas em mulheres sejam praticadas por outras mulheres, a devassa vai até onde o enigmático conceito permitir. Por conta disso, tanto no meio acadêmico quanto no meio jurisprudencial<sup>34</sup>, essa

32 Os altos custos de proteção à maternidade no trabalho são um mito, pois, além de não serem financiados por quem emprega (mas, sim, pelo sistema previdenciário), os tão temidos gastos relacionados à substituição da mulher afastada durante a licença-maternidade tampouco se mostram impactantes para os empregadores: o custo monetário direto de substituição representa menos de 0,09% de sua remuneração bruta no Brasil (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres*. Brasília: OIT, 2005. p. 29-38).

33 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras*. 2012. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/3007944](http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3007944)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

34 “REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. A revista íntima, por si só, constitui ato atentatório à dignidade do trabalhador. A Consolidação das Leis do Trabalho, ao tratar da proteção ao trabalho da mulher, em seu art. 373-A, inciso VI, veda expressamente ao empregador proceder a revistas íntimas em suas empregadas ou funcionárias, norma essa que, pela aplicação do princípio da igualdade, estende-se, também, aos homens.” (BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. 4ª Turma. RO 00743-2008-611-05-00-0. Julgado em: 11.12.08. Rel. Roberto Pessoa)

norma tem sido, corretamente, estendida também aos homens. Nesse sentido, a resposta mais enfática foi produto da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, na qual se definiu o seguinte enunciado:

“15. REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA. ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA. VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inciso VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inciso I, da Constituição da República.”<sup>35</sup>

Não se despreza a importância de uma legislação que combata a violência à mulher no trabalho. No entanto, a proteção contra atos de invasão de privacidade e de caráter vexatório deve albergar todas as trabalhadoras e trabalhadores, independentemente do sexo, uma vez que o direito do trabalho lida com relações sociais, e o ser humano não pode ser alijado de um de seus direitos fundamentais<sup>36</sup> pelo simples fato de ostentar a condição ontológica de “homem trabalhador”<sup>37</sup>.

### O DESCANSO DE 15 MINUTOS DO ART. 384 DA CLT

Presente na CLT desde sua compilação, em 1943, o art. 384 prevê, para as mulheres, um intervalo de 15 minutos antes do início do labor extraordinário<sup>38</sup>. Tal dispositivo deriva de um olhar patológico sobre a compleição física da mulher, com resquícios até os dias atuais. Essa perspectiva mórbida toma

---

35 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. *Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/novidades/1jornadadedireito.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

36 No caso, o direito à intimidade, cuja inviolabilidade decorre de imperativo constitucional (CF, art. 5º, X) e a sua aplicação não comporta distinções de qualquer natureza (CF, art. 5º, *caput* e inciso I).

37 A propósito, as seguintes considerações de Cardone: “Nas relações que as pessoas travam na vida, elas podem, voluntariamente ou não, causar prejuízos às outras. A relação humana e jurídica que liga empregado e empregador não é suscetível de escapar desta contingência. Isto é tão irrefutável quanto dizer que o ser humano é passível de errar. Por isso, causa espanto que alguns queiram isolar empregado e empregador deste círculo em que está inserida toda a prática de atos ilícitos. A relação de emprego tem uma disciplina jurídica para a troca trabalho x remuneração, mas seus sujeitos não estão excluídos da órbita do direito civil quando praticam atos ou fatos da natureza civil na específica situação de empregado e empregador” (CARDONE, Marly A. A responsabilidade civil no direito do trabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência*, p. 322, set. 1993).

38 “CLT. Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” (BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – 1943)

o corpo masculino como padrão e enxerga a constituição feminina como desviante, frágil e incapaz. Isso se soma à resistência da sociedade da época ao trabalho das mulheres<sup>39</sup>, tendo o sexismo e o moralismo servido de base para diversas normas que supostamente as protegiam, como acontece de forma clara na proibição de seu trabalho noturno (art. 379).

Alice Monteiro de Barros, numa crítica às normas de tutela ao trabalho da mulher de viés proibicionista, aponta como principais fundamentos dessa legislação os motivos “*biológicos*, provenientes da debilidade física, capazes de determinar a proibição de trabalhos perigosos, insalubres e as medidas especiais de higiene e segurança” e razões “*espirituais, morais e familiares*, que a rigor residem ‘no resguardo da mulher no lar’, utilizadas para justificar a proibição do trabalho extraordinário e noturno”<sup>40</sup>.

Inserido nesse contexto, o art. 384 dialogava com a previsão dos arts. 374 e 375, de que a prorrogação da jornada das mulheres estava limitada a duas horas, podendo ocorrer apenas mediante acordo ou convenção coletiva e com a expressa autorização por atestado médico oficial constante em sua carteira de trabalho. Tais determinações criavam barreiras para que as mulheres concorressem com os homens no mercado de trabalho, ampliando o leque de desigualdades.

Não há dúvida de que o ideal seria que nenhum trabalhador ou trabalhadora cumprisse horário extraordinário, uma vez que a limitação de jornada tem como principal objetivo preservar a saúde do ser humano. No entanto, sabe-se que esta não é a realidade no Brasil, de modo que criar restrições às horas extras das empregadas apenas incentiva financeiramente e justifica a preferência do empresariado por trabalhadores do sexo masculino. Uma legislação que cria obstáculos para que a mulher tenha as mesmas condições de trabalho que o homem, com fundamentos supostamente biológicos, reflete e fomenta o sexismo presente na sociedade e no mercado de trabalho.

Todos os artigos que diferenciavam homens e mulheres no trabalho por argumentos dessa linha foram revogados ao longo dos anos, especialmente com o advento da Constituição Federal, da qual derivou a Lei nº 7.855, de 24 de novembro de 1989, determinante na exclusão de uma série desses dispositivos da CLT. Restou, porém, sem revogação expressa e supostamente vigente o art. 384.

---

39 Especialmente as mulheres brancas de classe média, que estavam inseridas no padrão de “família” com pai, mãe e filhos, uma vez que as mulheres negras e pobres trabalharam no Brasil desde os tempos da escravidão, muitas vezes sendo as únicas responsáveis pelo sustento de seus dependentes.

40 BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 36.

Apesar de muita controvérsia e sem fundamento científico que ampare distinção desse jaez, o Tribunal Superior do Trabalho é resoluto no sentido de que a previsão do repouso de 15 minutos pré-jornada extraordinária se trata de uma forma de discriminação válida<sup>41-42</sup>. Paradoxal que, ao mesmo tempo em que a Corte promove uma campanha pelo “Trabalho Seguro”<sup>43</sup>, restrinja o alcance de uma norma tão importante de prevenção à fadiga a apenas um dos sexos<sup>44</sup>.

Note-se que eventual interpretação conforme a Constituição no sentido de estender a garantia aos homens não implicaria atuação como legislador positivo, já que o problema reside unicamente na inserção topológica<sup>45</sup>, por estar o dispositivo inserido no capítulo de proteção ao trabalho da mulher, questão absolutamente secundária relativa à compilação.

Felizmente, o assunto ainda não está definitivamente resolvido, haja vista a existência de Recurso Extraordinário em trâmite no STF – cuja repercussão geral já foi reconhecida – que questiona a recepção ou não do art. 384 pela Constituição Federal de 1988<sup>46</sup>. A mudança de rumos é extremamente

- 
- 41 “RECURSO DE REVISTA. INTERVALO PRÉVIO À PRORROGAÇÃO DE JORNADA. ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. O intervalo de 15 minutos previsto no art. 384 da CLT, como uma forma de proteção do labor da mulher, constitui uma discriminação plenamente justificável, em face das diferenças de constituição física entre os sexos, em suas diversas matizes. Portanto, compatibiliza-se com o preceito constitucional da isonomia, porque este veda apenas as discriminações odiosas e injustificáveis. Trata-se, assim, de diferenciar para igualar, seguindo o preceito de igualdade aristotélica, plenamente compatibilizado com o disposto no art. 5º da Lei Maior.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma. RR 177900-84.2009.5.03.0053. Rel. Emmanoel Pereira. Diário da Justiça eletrônico: 08.04.2011, p. 1.090)
- 42 “HORAS EXTRAS. INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. 1. O art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, conforme decisão proferida pelo Tribunal Pleno desta Corte Superior, no julgamento do TST-IIN-RR 1.540/2005-046-12-00.5, em 17.11.08. 2. A não observância do intervalo previsto no aludido preceito consolidado enseja, por aplicação analógica, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT em relação ao descumprimento do intervalo intrajornada. Revista conhecida e provida, no tema.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. RR 123-14.2011.5.09.0009. Rel. Hugo Carlos Scheuermann. Diário da Justiça eletrônico: 17.05.2013, p. 433)
- 43 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Trabalho Seguro – Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho. *Dados Nacionais*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/dados-nacionais>>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- 44 Em sentido diametralmente oposto, o Enunciado nº 22 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual: “22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (arts. 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *op. cit.*).
- 45 Já que a norma em nenhum momento faz referência explícita às mulheres como destinatárias exclusivas de seu comando.
- 46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658.312. Julgado em 9 de março de 2012. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4145394>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

## DOCTRINA

necessária, sob pena de se perpetuar uma forma de discriminação indireta na própria legislação.

Imagine-se, por exemplo, uma indústria que trabalhe em linha de produção. Se a regra for uniforme, num ou noutro sentido, ela deverá cessar os trabalhos por 15 minutos para que todos recuperem as energias e iniciem a sobrejornada ou continuar o labor de forma ininterrupta. Contudo, se houver tratamento distinto em relação ao gênero, a empresa, no momento da contratação, decidirá se prefere aqueles a quem a lei permite prestar horas extras imediatamente após o término da jornada ou os que devem descansar por 15 minutos, sob pena de pagamento do período suprimido como hora extra<sup>47</sup>. Não é preciso muito esforço especulativo para prever as consequências.

## CONCLUSÃO

A compreensão do caráter compensatório ou sexista de determinadas normas exige uma interpretação histórica e sistemática, a partir da noção de que as desvantagens das mulheres no mercado de trabalho são frutos espúrios de uma construção histórica, sustentada por uma ideologia de benignidade e “proteção” do sexo frágil e maternal, do qual a legislação trabalhista muitas vezes foi estuário. Ao mesmo tempo, é necessário reconhecer o potencial nivelador de nosso ordenamento jurídico, que possibilita a adoção de medidas de combate à desigualdade.

A discriminação de gênero ainda encontra solo fértil para germinar em nosso país o que justifica a permanência de alguns dispositivos que realmente visam à neutralização dos efeitos deletérios de preconceitos históricos. Por outro lado, o direito do trabalho deve extirpar determinados tratamentos injustificados constantes de suas normas, forjados sob um paradigma diverso acerca da condição da mulher. Diante disso, deve-se fomentar um debate amplo e constante sobre a relevância e atualidade das normas de proteção ao trabalho da mulher, do qual deve resultar, a depender do caso, a sua manutenção, proscrição ou extensão aos homens.

---

47 “A inobservância do intervalo previsto no art. 384 da CLT implica o pagamento das horas extras correspondentes ao período, por se tratar de medida de higiene, saúde e segurança das trabalhadoras.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo RR 2542-60.2010.5.02.0001. Julgado em: 17.09.2013. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª T., DEJT 20.09.2013)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_aristoteles\\_a\\_politica.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1995.

BÉLGICA. Cour d'arbitrage. Arrêt 9/94, du 27 janvier 1994. Disponível em: <<ftp://ftp.const-court.be/pub/f/1994/1994-009f.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho* (1943).

\_\_\_\_\_. *Constituição* (1988).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.855*, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7855.htm#art13](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm#art13)>. Acesso em: 16 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 142*, de 8 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp142.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 658.312*. Julgado em: 09.03.2012. Rel. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4145394>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *A mulher está mais sujeita ao assédio em todas as carreiras*. 2012. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/3007944](http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3007944)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Processo *RR 2542-60.2010.5.02.0001*. Julgado em: 17.09.2013. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª T., DEJT 20.09.2013.

CARDONE, Marly A. A responsabilidade civil no direito do trabalho. *Repertório IOB de Jurisprudência*, p. 322, set. 1993.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Bradwell v. The State – 83 U.S. 130* (1872). Julgado em: 15.04.73. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/130/case.html>>. Acesso em: 20 nov. 2013

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. *Califano v. Webster, 430 U.S. 313* (1977). Julgado em: 21.03.77. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=430&invol=313>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supreme Court of the United States. *Goesaert v. Cleary, 335 U.S. 464* (1948). Julgado em: 20.12.1948. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/335/464/case.html>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

FRANÇA. *Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Disponível em: <<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

GOUGES, Olympe de. *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*. Paris, 1793. Disponível em: <[http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/femmes/olymppe-de-gouges\\_declaration-des-droits-de-la-femme.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/femmes/olymppe-de-gouges_declaration-des-droits-de-la-femme.asp)>. Acesso em: 20 nov. 2013.



## DOCTRINA

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho profissional e doméstico: Brasil, França, Japão. In: COSTA, Albertina de Oliveira; SORJ, Bila; BRUSCINI, Cristina; HIRATA, Helena (Org.). *Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Tábuas abreviadas de mortalidade por sexo e idade*: Brasil, grandes regiões e unidades da federação: 2010. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuas\\_abreviadas\\_mortalidade/2010/](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuas_abreviadas_mortalidade/2010/)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*: 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

ITÁLIA. *Codice Penale* (1930). Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=36653>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Corte Costituzionale. *Sentenza n° 64, del 29 luglio 1961*. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1961/0064s-61.html>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. *Costituzione Della Repubblica Italiana* (1948). Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp: 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, p. 405-430, 2006.

LYCÉE OLYMPE DE GOUGES. *Histoire d'Olympe de Gouges*. Disponível em: <<http://www.olympedegouges.net/le-lyc%C3%A9e/histoire-d-oympe-de-gouges/>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

MALLET, Estêvão. *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: “punitive damages” e o direito brasileiro. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres*. Brasília: OIT, 2005.

PERROT, Michelle. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.

SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho*. Trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 3.

YANNOULAS, Silvia Cristina. *Dossiê políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho*. Brasília, CFEME; FIG-CIDA, 2002.

# A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DEP. PAULO TEIXEIRA)

Fredie Didier Junior\*

## ARBITRAGEM COMO ATIVIDADE JURISDICIONAL

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) parece ter-se posicionado em relação à conhecida polêmica sobre a natureza da arbitragem no direito brasileiro.

O art. 3º do NCPC indica que o projeto se encaminhou para a concepção majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição<sup>1</sup>.

O *caput* do art. 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Nesse mesmo artigo, o legislador acrescentou um § 1º, que está assim redigido: “§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Esse parágrafo possui dois propósitos, um ostensivo e outro simbólico.

Ostensivamente, serve para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Do ponto de vista simbólico, relaciona a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à ar-

---

\* *Livre-docente (USP); pós-doutor (Universidade de Lisboa); doutor (PUC-SP); mestre (UFBA); professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia; professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo; advogado e consultor jurídico.*

1 Como, aliás, reconheceu recentemente seção do Superior Tribunal de Justiça, no CC 111.230/DF, Rel<sup>g</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. 08.05.2013.

bitragem é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante.

### CARTA ARBITRAL

O projeto de NCPC prevê novidade importante para, também aqui, promover uma harmonização entre os sistemas da Justiça arbitral e da Justiça estatal.

Consagra-se expressamente a possibilidade de pedido de cooperação entre árbitro e juiz. Esse pedido será feito por meio de carta arbitral. Eis o que dispõe o art. 237, IV, do NCPC: “Será expedida carta: (...) IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”.

Note que não compete ao órgão do Poder Judiciário rever o mérito da decisão arbitral, para cuja efetivação se busca a sua cooperação<sup>2</sup>. Por isso o uso dos verbos “pratique” e “determine”.

Também é importante a observação de que o termo “juízo arbitral”, nesse inciso, deve ser compreendido de modo bem amplo: árbitro, tribunal arbitral, presidente do tribunal arbitral e instituição administradora da arbitragem<sup>3</sup>; há quem admita que até mesmo a parte interessada possa encaminhar a carta arbitral<sup>4</sup>, desde que em cumprimento de decisão arbitral.

A carta arbitral terá de preencher os requisitos previstos no § 3º do art. 260 do NCPC: “§ 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e da sua aceitação da função”. A carta arbitral é, assim, o instrumento do pedido de cooperação formal entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário.

---

2 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2012, n. 205, p. 319.

3 “Assim, quando, por exemplo, uma arbitragem com sede no Brasil é administrada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a decisão proferida pelo árbitro e não satisfeita pela parte destinatária poderá ser efetivada no Poder Judiciário por meio da expedição de uma carta arbitral solicitada pelo secretário-geral da entidade arbitral. A mesma regra vale para as instituições arbitrais brasileiras. O presidente da câmara de arbitragem ou o secretário executivo podem, a partir da decisão tomada pelo árbitro, solicitar o apoio do Poder Judiciário.” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 319)

4 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 319.

## DOCTRINA

A carta arbitral é muito útil para solicitar o auxílio do juízo estatal para a efetividade das medidas tomadas pelo juízo arbitral. Assim, por exemplo, caso uma testemunha não compareça a uma audiência no processo arbitral, o juízo arbitral poderá solicitar, por carta arbitral, ao juiz estatal que conduza coercitivamente a testemunha à próxima sessão em que será ouvida (art. 22, § 2º, da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem). Outras medidas coercitivas, assim como medidas de tutela de urgência, igualmente poderão ser determinadas pelo juízo arbitral, que solicitará, por carta arbitral, a cooperação do juiz estatal competente para efetivação da medida tomada (art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem), notadamente em caso de resistência.

O propósito da carta arbitral, portanto, é ser um instrumento de cooperação entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal para primordialmente conferir efetividade às decisões proferidas pela primeira.

### REGIME JURÍDICO DA ALEGAÇÃO EM JUÍZO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Uma das principais novidades trazidas pela versão do Novo Código de Processo Civil (NCPC), apresentada pela Câmara dos Deputados, é a disciplina minuciosa da alegação, pelo réu, da existência de convenção de arbitragem (arts. 345 a 350 do Projeto).

O CPC/73 é muito parcimonioso a respeito do assunto, além de não ser compatível com a prática brasileira da arbitragem.

A proposta da Câmara traz quatro grandes novidades, que serão apresentadas nos próximos itens.

### IMPOSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO JURISDICIONAL CONHECER DE OFÍCIO DA EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Deixa-se claro, inicialmente, que a existência de convenção de arbitragem é fato jurídico que o órgão jurisdicional *não* pode conhecer de ofício (art. 349 do NCPC): cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos; caso não o faça, seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e conseqüente renúncia ao juízo arbitral.

A premissa legislativa é óbvia: a convenção de arbitragem é cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece a essa disposição negocial, demandando perante o

Poder Judiciário, cabe à outra parte alegar esse descumprimento, demonstrando a existência da convenção de arbitragem; se não o fizer, é como se aceitasse a jurisdição estatal, de resto provocada pela parte autora, que, por isso, também renunciou tacitamente à jurisdição arbitral; assim, ambas as partes, ao aceitarem a jurisdição estatal, abdicam da convenção de arbitragem, em um distrato tácito<sup>5</sup>.

Não por acaso a proposta legislativa atribui ao silêncio do réu caráter negocial: aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (art. 350 do Projeto).

Esse regramento encerra duas antigas discussões doutrinárias.

Primeiro, encerra a discussão sobre se o órgão jurisdicional pode conhecer de ofício qualquer convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ou apenas a cláusula compromissória – a combinação dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC/73 deixa essa dúvida<sup>6</sup>. Agora, não há mais dúvida: a existência de qualquer espécie de convenção de arbitragem *não* pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Essa é, aliás, a opção mais correta, não apenas porque de acordo com a Convenção de Nova Iorque, em vigor no Brasil desde 2002<sup>7</sup>, sobretudo se levarmos em consideração que o compromisso arbitral costuma ser ato com conteúdo mais complexo, na medida em que sempre contém todos os elementos para a instauração da arbitragem, o que nem sempre ocorre com a cláusula compromissória<sup>8</sup>.

Segundo, resolve a questão sobre até que momento é possível alegar a existência de convenção de arbitragem. Como a inexistência de convenção é pressuposto processual negativo, o § 3º do art. 267 do CPC atual (igual ao § 3º do art. 495 do NCPC) poderia levar ao entendimento de que se trata de questão que poderia ser controlada a qualquer tempo, enquanto o processo estivesse pendente. A proposta da Câmara esclarece: a alegação deve ser feita no primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão.

---

5 Exatamente na linha defendida por: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis, *ob. cit.*, p. 314.

6 Sobre a discussão, mais recentemente, com bastante proveito: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis, *ob. cit.*, p. 311-314.

7 Art. II, nº 3, da Convenção de Nova Iorque sobre sentenças arbitrais estrangeiras, de 10.06.58: “3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexequível”.

8 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis, *ob. cit.*, p. 311.

## FORMA DE ALEGAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Outra grande alteração foi a criação de uma forma específica de alegação da existência de convenção de arbitragem, distinta da contestação.

O réu tem de alegar a existência de convenção de arbitragem em peça avulsa, antes de apresentar a sua contestação.

A premissa é a seguinte: embora não seja impossível, é muito rara a existência de processo arbitral que não seja sigiloso; também é muito comum que na própria convenção de arbitragem já se imponha o sigilo.

Assim, não é adequada ao sistema da arbitragem uma regra, como a do atual CPC, que imponha ao réu o ônus de alegar, ao mesmo tempo, a existência de convenção de arbitragem e todo o resto da defesa, inclusive de mérito, para a eventualidade de a primeira alegação ser rejeitada. Dessa forma, o réu se prejudica, pois não se lhe garante o sigilo, contratualmente já previsto. Note que, mesmo se o órgão jurisdicional garantisse o segredo de justiça ao processo em que tais alegações foram apresentadas (art. 189, IV, do NCPC<sup>9</sup>, regra nova e que merece elogios<sup>10</sup>), o direito do réu permaneceria sendo violado, pois o sigilo arbitral lhe garante, também, que essas alegações sejam apresentadas tão somente perante o juízo arbitral.

De acordo com a proposta da Câmara dos Deputados, que é louvável, a alegação de convenção de arbitragem é feita de modo avulso, antes da contestação. Rejeitada a alegação, abre-se o prazo para o réu apresentar a sua contestação.

É preciso fazer algumas observações:

a) a alegação de convenção de arbitragem deve vir acompanhada do instrumento desta convenção, sob pena de rejeição liminar (art. 345, § 1º, do NCPC). Como toda convenção de arbitragem é na forma escrita, a regra é boa e evita alegações abusivas, com nítido caráter protelatório;

---

9 Art. 189, IV, do NCPC: “Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos: (...) IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Observe que esse dispositivo garante o sigilo em qualquer processo que verse sobre a arbitragem, o que inclui a execução de sentença arbitral. Na versão do Senado, falava-se apenas nos atos relativos ao cumprimento de carta arbitral; a redação da Câmara é melhor, pois garante o sigilo a qualquer processo que verse sobre a arbitragem, cujo sigilo tenha sido convencionado. Essa era a redação da versão do Senado: “Art. 164. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: (...) IV – que dizem respeito ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

10 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 321-325.

## DOCTRINA

b) a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.028, III, do NCPC). Realmente, trata-se de decisão interlocutória que tem de poder ser impugnada imediatamente, já que não faria qualquer sentido em diferir a sua impugnação para o momento da interposição de apelação contra a sentença (art. 1.022, §§ 1º e 2º, do NCPC), quando já não teria utilidade.

Note, porém, que a decisão que acolher a alegação de convenção de arbitragem é sentença (art. 203, § 1º, do NCPC) e, pois, apelável;

c) se o réu quiser alegar, também, a incompetência relativa do juízo, deverá fazê-lo na mesma petição. Nesse caso, porém, a petição poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341<sup>11</sup> do NCPC (arts. 345, § 3º, e 346, § 2º, do NCPC);

d) a forma da alegação dependerá de ter sido ou não designada a audiência de conciliação prévia, prevista no art. 335 do NCPC.

Designada a audiência, a alegação deve ser apresentada, em petição autônoma, na própria audiência. Nesse caso, o autor será intimado para manifestar-se imediatamente; se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até 15 dias para essa manifestação (art. 345, § 2º, do NCPC).

Pode o réu, porém, manifestar desinteresse na autocomposição e, assim, pedir o cancelamento da audiência (art. 335, § 5º, do NCPC). Nesse caso, terá o réu de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos acima apresentados (art. 345, § 5º, do NCPC).

Não tendo sido designada audiência de conciliação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, também em petição autônoma, no prazo da contestação.

Nesse caso, a alegação desacompanhada do instrumento da convenção, além de ser rejeitada liminarmente, fará com que o réu seja considerado revel (art. 346, § 1º, do NCPC). Observe que, nesse caso, a revelia se impõe, pois o prazo de contestação já se iniciara – quando a audiência de conciliação é

---

11 “Art. 341. Havendo alegação de incompetência relativa, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa. § 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento. § 3º Alegada a incompetência nos termos do *caput*, será suspensa a realização da audiência de conciliação a que se refere o art. 335, se tiver sido designada. § 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação.”

designada, o prazo para a contestação começa a fluir da própria audiência (art. 336, I, do NCPC).

### ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E PENDÊNCIA DO PROCESSO ARBITRAL

O art. 347 do NCPC consagra a importante regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral: é dele a competência para examinar a sua própria competência. Dispõe o art. 347 que se “o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência; não havendo sido instaurado, o juiz decidirá a questão”.

Trata-se de dispositivo correto e muito importante para dar o devido prestígio ao sistema arbitral: se há processo arbitral pendente, cabe ao juízo arbitral a definição de sua competência; se não houver, cabe ao órgão jurisdicional estatal decidir sobre a alegação de convenção de arbitragem.

Para bem compreendê-lo, é preciso entender a regra da *Kompetenzkompetenz* na arbitragem.

O art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) é claro ao dizer que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Eis a consagração da regra da competência do árbitro para julgar a própria competência.

A regra da *Kompetenzkompetenz* não decorre apenas da autonomia da vontade das partes na arbitragem: se fosse apenas disso, não explicaria a natureza jurisdicional de uma decisão de árbitro ou tribunal arbitral declaratória de inexistência de convenção de arbitragem. Haveria a esdrúxula situação de um árbitro com poderes jurisdicionais conferidos por um negócio jurídico inexistente. A regra da *Kompetenzkompetenz* é mais que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida prioritariamente por agentes privados em algumas circunstâncias. Assim, essa regra é uma declaração estatal de reconhecimento do direito da arbitragem como conjunto normativo em que está contido um método jurisdicional privado para solução de um determinado litígio envolvendo direitos com conteúdo preponderantemente econômico.

A regra da *Kompetenzkompetenz* estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem tem de *primeiro* analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem



é o próprio árbitro ou tribunal arbitral. Ela não elimina a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário dessas questões ou torna esses temas imunes à apreciação do juiz estatal: apenas posterga a eventual análise deles para uma ação anulatória ajuizada pela parte que se sentiu prejudicada. Essa regra estabelece, pois, uma ordem cronológica eventual: na pendência de processo arbitral, a primeira análise tem de ser arbitral; em caso de reafirmação pelo árbitro ou tribunal arbitral da própria competência ou de julgamento improcedente da questão sobre inexistência, defeito ou ineficácia da convenção de arbitragem, a parte poderá, *posteriormente* à sentença arbitral, levar essa matéria para conhecimento do Poder Judiciário com eventual ajuizamento da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem. A possibilidade dessa análise *posterior* pelo Poder Judiciário está bem evidente no art. 20, § 2º, da Lei de Arbitragem, que determina o prosseguimento do processo arbitral em caso de não acolhimento da arguição posta pela parte com fundamento nos temas do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, “sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”. Portanto, a regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral é um impedimento *a priori* à cognição do juízo estatal, na pendência de processo arbitral.

A amplitude da regra da *Kompetenzkompetenz* é variada e depende de cada ordenamento jurídico. Há entendimento restritivo, que tende a ver superioridade moral ou precedência soberana do Poder Judiciário, com o que se lhe permite a apreciação sobre aquelas questões em torno da convenção de arbitragem mesmo na pendência de um processo arbitral. Há entendimento mais expansivo, que reconhece a prioridade da própria jurisdição arbitral para julgamento daquelas questões sem eliminar a possibilidade de o tema ser futuramente reapreciado pelo Poder Judiciário. Esse entendimento torna a arbitragem mais efetiva e atraente como uma alternativa à jurisdição estatal. O Brasil se situa no segundo grupo; o NCPC ratifica isso.

### CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

A existência de convenção de arbitragem é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 495, VII, do NCPC).

Esse fato pode ser reconhecido pelo juízo arbitral, no caso em que o processo arbitral é anterior ao processo estatal, ou pelo próprio órgão jurisdicional estatal, no caso de ainda não haver processo arbitral pendente (art. 348 do NCPC).

## DOCTRINA

Note, assim, que a extinção do processo jurisdicional estatal pode decorrer de uma decisão do juiz da causa ou como efeito anexo da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

### HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

O NCPC traz dispositivo que cuida da homologação de sentença arbitral estrangeira. Trata-se do § 3º do art. 972, assim redigido: “§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”.

A opção, aqui, é bem clara: a homologação de decisão arbitral estrangeira será regida, prioritariamente, pelo microsistema jurídico da arbitragem: a Convenção de Nova Iorque, em primeiro lugar, e a Lei nº 9.307/96, em segundo lugar. Tratado e lei federal, nessa ordem. Se o microsistema possuir alguma lacuna, avança-se para o Código de Processo Civil – e apenas nesse caso.

A opção, além de clara, é correta: as peculiaridades da arbitragem devem ser reguladas por diploma normativo específico; em se tratando de decisões arbitrais estrangeiras, esse diploma é a Convenção de Nova Iorque, vigente no Brasil desde 2002.

A regra harmoniza-se com o § 1º do art. 3º do NCPC, já comentado, que, conforme se disse, garante à arbitragem o seu próprio microsistema jurídico.

### ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL E IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

A Lei de Arbitragem, por ter sido publicada em 1996, ainda menciona os embargos à execução de sentença, como meio de defesa do executado.

Desde 2005, a defesa do executado na execução de sentença se realiza por meio da *impugnação*.

O NCPC mantém a impugnação como meio de defesa do executado, nesse caso.

Em razão disso, aproveitou-se a oportunidade para corrigir a desarmonia legislativa. O art. 1.075 do NCPC determina a alteração do § 3º da Lei nº 9.307/96, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 539 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

# A CIDADANIA SOCIAL NO BRASIL E NO MUNDO: O QUE FICOU E O QUE VIRÁ

Guilherme Guimarães Feliciano\*

## 1 – INTRODUÇÃO

**E**m 2013, no mês de outubro, a Constituição Federal completa um quarto de século. A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, completa 70 anos de existência. Duas datas tão significativas para a ordem social brasileira podem suscitar, contraditoriamente, certa melancolia pelas tantas promessas (ainda) não consumadas.

Afinal, onde se entroncam os ideários de proteção social açambarcados por um e outro diploma? E para onde caminham? Divaguemos.

Inovando em relação à Carta de 1967/1969, a Constituição da República Federativa do Brasil, tal como promulgada em 5 de outubro de 1988, reuniu os direitos sociais *stricto sensu* – i.e., os ditos “direitos trabalhistas” – em um capítulo próprio (“Dos Direitos Sociais”), juntamente com os direitos sociais *lato sensu*, como os direitos à educação, à habitação e à alimentação. E, para além de ampliar significativamente, no plano vertical (= mais direitos) e no plano horizontal (= mais sujeitos), o rol de direitos trabalhistas do texto constitucional anterior (v. art. 165 da Constituição de 1967, na redação da EC nº 1/69), a Constituição-cidadã tratou também de deslocá-los para o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), retirando-os do seu sítio anterior (“Da Ordem Econômica e Social”) e conferindo-lhes, na nova ordem constitucional, *inexorável jusfundamentalidade*, semântica e topologicamente. Não há dúvidas, portanto, de que a Constituição de 1988 representou um importante passo qualitativo nos degraus que conduzem à plena cidadania social.

---

\* Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté; diretor de prerrogativas e assuntos jurídicos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), gestão 2013-2015; doutor em Direito Penal e livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté.

## DOCTRINA

Talvez por isso – e pelo quanto se houve de lutar para contrapor, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, as tendências conservadoras que se reuniram para resistir aos avanços sociais (o leitor haverá de se lembrar do indefectível “Centro Democrático”, ou “Centrão”, formado por PMDB, PFL, PTB, PDS e alguns partidos menores) – seja comum se ouvir dizer, nas esguelhas forenses e em certos nichos acadêmicos, que a ordem constitucional brasileira padece de um incurável “paternalismo histórico”, especialmente no que diz respeito à regulação das relações entre capital e trabalho. Dever-se-ia a essa ordem constitucional, à qual se associaria uma legislação igualmente antiquada, a infelicidade econômica do patronato brasileiro que, às voltas com os altos custos dos direitos trabalhistas e da tributação nacional para o sistema de seguridade – aos quais se aliaria a imprevisibilidade das decisões da Justiça do Trabalho –, perderia competitividade nos mercados internacionais.

Esse, porém, é um argumento falacioso, como poderá constatar o estudioso descomprometido, já à primeira análise do texto constitucional em vigor, ainda que breve e perfunctória. Assim é que, entre os dispositivos constitucionais que ainda carecem de regulamentação, encontram-se, por exemplo, o do art. 7º, I, que cuida da garantia social contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; o do art. 7º, X, *in fine*, do qual dimana um mandado constitucional de tipificação para o crime de retenção dolosa de salários; o do art. 7º, XI, relativo à cogestão de empresa; o do art. 7º, XX, que dispõe sobre incentivos legais específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher; o do art. 7º, XXIII, quanto ao adicional de remuneração para atividades penosas; o do art. 7º, XXVII, sobre a proteção do emprego em face da automação; e o do art. 37, VII, relativo ao direito de greve para servidores públicos, entre outros. Noutras palavras, se houvéssemos de identificar setorialmente um nicho constitucional em que a inércia legislativa é recorrente, identificá-lo-íamos primeira e precisamente no campo dos direitos sociais *stricto sensu*, ao lado de alguns direitos previdenciários (e.g., o do art. 40, § 4º). Aliás, vou além. Desafio o leitor a encontrar algum outro campo temático da Constituição de 1988 em que se veja igual ou maior número de explícitas omissões legislativas. E não estamos falando de normas-princípios, abertas e vagas por natureza; boa parte desses dispositivos indiscutivelmente veiculam normas-regras (v., e.g., o voto do Ministro Gilmar Mendes no MI 943/DF).

Se é assim, duas perguntas centrais têm um bom cabimento. Passemos a elas.

## 2 – O BRASIL DA “LEGISLAÇÃO PATERNALISTA”: CANTOS E DESENCANTOS

### 2.1 – *Cidadania social, Estado-providência e Estado social*

A primeira grande indagação, para uma correta compreensão desses cinco lustros de prometida cidadania social, é, a rigor, bem mais retórica do que científica. *Terá mesmo perfil “paternalista”, em sede laboral, a ordem jurídica brasileira?* Porque essa é a cantilena que há décadas se escuta, dos corredores dos parlamentos aos átrios dos fóruns trabalhistas, para justificar o déficit de cumprimento da norma legal trabalhista no Brasil.

E a segunda grande indagação, no campo do diagnóstico e da futurologia, é esta: *se lá já se vão 25 anos da Constituição – ou mais, 70 anos de um direito do trabalho consolidado – e o direito do trabalho ainda não alcançou, no Brasil, todas as potencialidades predispostas pelo poder constituinte originário, terão prevalecido, na tensão histórico-dialética das forças sociais, aquelas tendências conservadoras, ciosas da perene preservação do status quo?* E, neste caso, o que esperar dos próximos 75 anos? *O direito do trabalho desabarará sobre si mesmo?* Em que medida, ademais, o retrocesso ou mesmo a estagnação social são fenômenos sociais legítimos? Ou, na dimensão jurídica, em que medida o não agir legislativo insere-se na discricionariedade política do legislador histórico ou ao revés configura, em algum nível, a chamada *proteção insuficiente*, por desatender o princípio da máxima concretização da norma (“Gebot optimaler Verwirklichung der Norm”)?

A resposta à primeira questão há de ser, para o analista sereno, de uma incrível simplicidade. Atualmente, somos menos “paternalistas” – se se quiser optar por essa adjetivação desqualificadora (que diz muito acerca do interlocutor) – do que comandou o constituinte originário. Logo, a serem as constituições realmente *dirigentes*, estamos muito aquém do nosso compromisso político universal, mas isso já havíamos constatado alhures, na própria introdução.

Já a resposta à segunda questão exigiria, de nossa parte, elucubrações tantas – da sociologia jurídica à dogmática constitucional – que se fariam inadequadas neste restrito espaço. Mas, lendo em uma perspectiva maior (porque a resposta não poderá ser, para o Brasil, diferente da que se dará às demais nações do mundo), poderemos talvez excitar o leitor com algumas nótulas. Daremos, pois, indícios, pistas; e o leitor, afinal, no seu íntimo responderá à questão. Para tanto, valer-nos-emos de considerações que outrora fizemos em outros escritos.

## DOCTRINA

“Cidadania social” – porque cidadania é conceito precipuamente político e, portanto, afeto às constituições – não se explica bem, senão pela compreensão do fenômeno histórico designado como “constitucionalismo social”. E o constitucionalismo social está diretamente imbricado com a função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais, no marco da questão social que toma vulto no século XIX (FELICIANO, 2013, p. 87 e ss.). Com efeito, as condições desumanas de trabalho que assolaram o proletariado entre as duas primeiras revoluções industriais determinaram historicamente a necessidade de intervenção estatal para a regulação da relação de emprego, como modo de minimizar as possibilidades concretas de afetação de direitos fundamentais ao ensejo da combinação entre necessidade, subordinação e autonomia privada, adequando-as a patamares aceitáveis para a ordem social. Essa intervenção deu-se inicialmente pela lei; depois, em linhas mais gerais, ganhou sede nas próprias *constituições*, originando o constitucionalismo social (e, com ele, o *Estado social*).

Arigor, *Estado social* (*Sozialstaat*) e *Estado do bem-estar social* (*Welfare state*) – ou *Estado-providência*, o que é o mesmo – não se confundem. O *Estado social* coincide, semântica e cronologicamente, com a onda do constitucionalismo social, emprenhando a tessitura constitucional com nítido viés de esquerda. Há mesmo quem impropriamente fale em um “Estado quase socialista” (MARTINEZ, 2005) ou em um “Estado socialista parlamentar” (FERREIRA, 1979, p. 31-32); outros, em um “Estado evolucionista”, “intervindo na ordem econômica, colocando-se como árbitro nos conflitos entre o capital e o trabalho, superintendendo a produção, a distribuição e o consumo” (MALUF, 1988, p. 148-149). Já o *Estado do bem-estar social*, em acepção mais própria, radica nas políticas do segundo pós-guerra, com o projeto de reconstrução da Europa (plano Marshall) e a adoção de modelos econômicos de tipo keynesiano em vários pontos do mundo. A ideia de Estado social teve, como veremos, diversas matrizes ideológicas e legislativas (e.g., a mexicana, a russa e, sobretudo, a alemã: BERCOVICI, 2003), enquanto o Estado-providência detém um “padrão cultural único”, estritamente capitalista – qual resposta ocidental aos modelos socializantes que vinham do leste – e estadunidense (cf. MARTINEZ, 2005). Não por outra razão, Mézáros identificou o Estado do bem-estar social como a última manifestação da lógica do “entrancheamento defensivo” dos movimentos sociais (e, particularmente, do movimento operário articulado), por operar “no interior das premissas estruturais do sistema do capital”, o que restringiu drasticamente as suas possibilidades: o alcance útil do Estado-providência

“foi limitado tanto pelas condições favoráveis de expansão capitalista nos países envolvidos como pela escala de tempo, marcada ao

final pela pressão da ‘direita radical’ em torno da completa liquidação desse Estado, nas três últimas décadas [do século XX], em razão da crise estrutural generalizada do capital.” (MÉSZÁROS, 2003, p. 90-91)

Nada obstante, ao menos em seus alvites, as duas concepções de Estado aproximaram-se sobremodo. Com efeito, no Estado-providência buscou-se estender a todo o indivíduo, desde o seu nascimento até a sua morte, um conjunto de bens e serviços de fornecimento garantido pelo Estado, senão diretamente, ao menos indiretamente, por meio de seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil (vindo dessa “mediação” a cultura das *agências* – que nos EUA dos anos 1930 mereceram o epíteto de *alphabet agencies*, pela grande variedade de siglas utilizadas –, absorvida pelo Brasil, sobretudo a partir da segunda metade dos anos 1990). Dentre esses direitos estariam a educação em todos os níveis, a assistência médica gratuita, o seguro-desemprego, a garantia de renda mínima, recursos adicionais para o sustento da prole, etc. Vários desses objetivos foram igualmente consagrados nos textos plasmados pelo constitucionalismo social. Vejamos.

### *2.2 – O constitucionalismo social: origens e conteúdos*

Convencionalmente, atribui-se à Constituição mexicana promulgada em 05.02.1917 (dita “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857”) a gênese formal do constitucionalismo social no século XX. Tal constituição, produto último da Revolução Mexicana de 1910-1917 (que pôs fim aos 34 anos da ditadura de Porfirio Díaz), foi marcadamente anticlerical, agrarista, nacionalista e social, com forte inspiração anarcossindicalista. Pela primeira vez, positivaram-se na *Lex legum* normas destinadas a proteger o trabalho humano e a prover as necessidades sociais dos mais desfavorecidos ou vulneráveis. Entre outras coisas, a Carta consagrou direitos trabalhistas, como o salário-mínimo, a limitação da jornada de trabalho (oito horas), as restrições ao trabalho da mulher e da criança, a livre-associação em sindicatos e o direito à greve. Consagrou também direitos sociais *lato sensu*, como o direito à educação. Em seu art. 5º, dispõe:

“Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial. (...) En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. (...) El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o

convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.”

Estabeleceu, ademais, que a falta de cumprimento do contrato pelo trabalhador só o obrigaria à competente responsabilidade civil, sem que em nenhum caso se pudesse exercer coação sobre a sua pessoa. Com tais preceitos, formalizou-se a proibição às formas contemporâneas de opressão, como a escravidão contemporânea, o tráfico de trabalhadores “livres” e, numa visão mais larga, até mesmo o assédio moral. A Constituição de 1917 é o texto ainda hoje em vigor no México, após inúmeras alterações (a última reforma é de 13.10.2011).

Pouco mais de dois anos depois, entrou em vigor na Alemanha a *Constituição de Weimar* (1919), ainda hoje o mais memorável símbolo do constitucionalismo social emergente no início do século XX. Após uma fragorosa derrota na Primeira Guerra Mundial, de que decorreram humilhantes obrigações internacionais por reparações de guerra (Tratado de Versalhes, arts. 231 a 247), a Alemanha tornou-se uma república (09.11.1918), a que os historiadores legaram o nome de *República de Weimar* (1919-1933), nascida internamente frágil e externamente inexpressiva. Estando o povo alemão padecendo sob forte depressão econômica e elevados índices de inflação, o social-democrata Friedrich Ebert formou o primeiro governo republicano e, com a expressiva maioria parlamentar obtida após as eleições de 1919, instalou assembleia nacional constituinte na cidade de Weimar. Em 11.08.1919, assinou a “Weimarer Verfassung” (ou “Verfassung des Deutschen Reichs”, i.e., “Constituição do Império Alemão”), acentuando a unidade da Alemanha Federal (com a recusa de soberania aos seus Estados-membros) e sinalizando a passagem do modelo liberal para o modelo social de Estado (o *Sozialstaat*), com a consagração tedesca do constitucionalismo social, que já conhecia o precedente mexicano. O texto alemão baseou-se em projeto de Hugo Preuss, com traço weberiano e tendências de esquerda (BERCOVICI, 2003, p. 14).

Malgrado as fragilidades da república, a Constituição de Weimar foi deveras ambiciosa no campo dos direitos fundamentais. A sua Parte II tratou dos direitos e deveres fundamentais dos alemães, trazendo os seculares direitos e garantias individuais na Seção I, os direitos relacionados à vida social na Seção II, os direitos relacionados à religião e às igrejas na Seção III, os direitos relacionados à educação e ao ensino na Seção IV e os direitos relacionados à vida econômica na Seção V.

Na Seção II, a Carta Alemã de 1919 consagrava a igualdade de direito entre os gêneros, a proteção da maternidade e da família e a igualdade entre



filhos legítimos e ilegítimos. Para se ter um parâmetro do pendor progressista, o Código Civil brasileiro de 1916, em vigor nessa mesma época, ainda *proibia* o reconhecimento jurídico de filhos espúrios, fossem incestuosos ou adúlterinos, e quanto aos filhos naturais não espúrios dispunha que, “havendo filho legítimo ou legitimado, só à metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento” – arts. 358 e 1.605, § 1º). Na Seção IV (art. 150), a Constituição de Weimar colocou sob proteção do Estado o patrimônio natural, histórico e artístico nacional (i.e., o meio ambiente humano em seus aspectos natural e cultural), positivando de modo pioneiro direitos de terceira geração (ou dimensão). Por fim, na esfera dos direitos sociais (Seção V) – no qual mais avançou –, o texto constitucional positivou a especial proteção ao trabalho (art. 157), a liberdade de associação para a defesa e a melhoria das condições de trabalho (art. 159), a obrigatoriedade de se conceder tempo livre aos empregados para o exercício de direitos cívicos e funções públicas gratuitas (art. 160) e o direito à seguridade social (art. 161). Ademais, a Alemanha erigiu, perante o mundo, a bandeira da “regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores, que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade um mínimo de direitos sociais” (cf. MORAES, 1998, p. 31), o que efetivamente se concretizou com o advento da OIT, no mesmo ano, e toda a sua atividade normativa ulterior.

Merece menção, ainda, a *Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, de 17.01.1918, e a *Lei Fundamental Soviética*, de 10.07.1918. Já não concebiam o projeto de um mero Estado social, mas o de um Estado *socialista* em sentido próprio – o “Estado socialista-proletário”, a que se seguiram inúmeras “democracias populares” pelo mundo (FERREIRA, 1979, p. 29-31) –, o que é essencialmente diverso. Deflagraram-se medidas políticas radicais, como a abolição da propriedade privada, animadas por um princípio geral de igualdade material; mas também se instituíram genuínos direitos sociais, como a assistência econômica aos operários e camponeses mais pobres. Mais que direitos, porém, esses textos proclamaram cantilenas ideológicas, que vaticinavam a supressão da exploração do homem pelo homem e da divisão social de classes, instaurando-se uma organização socialista dos meios de produção como ponto de partida para o triunfo do socialismo em todos os países do globo. A História é testemunha do legado questionável desse “socialismo real” para a Rússia e as demais repúblicas que compunham a URSS.

Subsequentemente, diversas outras constituições passaram a contemplar preceitos ou mesmo capítulos inteiros dedicados à positivação de direitos sociais em sentido lato e estrito. A partir dessa onda de reformas e, sobretudo, a

partir do modelo alemão do *Sozialstaat* (1919), densificou-se a noção de *Estado social* – ou *Estado social democrático* –, que pode ser enunciada como

“esta nova forma de organização política, (...) que (...) [p]retende alcançar a justiça social, diminuindo os profundos sulcos entre os ricos e os pobres, entre os empresários e os trabalhadores, ocasionados pelo liberalismo. Não deseja destruir a propriedade privada, nem impedir a livre-iniciativa, mas condicioná-las aos interesses sociais. Nelas irá intervir, sempre que se faça mister, a fim de impedir o abuso do poder econômico. (...) Para tanto, declara o Estado os direitos sociais, verdadeiro complexo das prerrogativas reconhecidas como fundamentais e necessárias aos trabalhadores para garantir-lhes situação econômica compatível com a dignidade humana. (...) Além disso, preconiza a função social da propriedade, condicionando seu exercício ao bem-estar social; estabelece o primado da solidariedade entre os fatores de produção – capital e trabalho – para que se elimine o antigo conflito entre eles; valoriza o trabalho como condição da dignidade humana, e reprime os abusos do poder econômico.” (NETTO, 1982, p. 324)

E assim se caminhou, inclusive por tentativa e erro, em quase um século de constitucionalismo social. Hodiernamente, com a herança acumulada de tantos anos, pode-se reconhecer o Estado social na consagração positivo-constitucional de pelo menos quatro ordens de “concretização constitucional do princípio da democracia econômica e social” (CANOTILHO, 1999, p. 332-338):

(a) a *constituição econômica*, pela qual se procede à conformação da ordem fundamental da economia (que consagra, no Brasil, ao lado da livre-iniciativa, da propriedade privada e da livre-concorrência, a “valorização do trabalho humano”);

(b) a *constituição do trabalho*, autonomizando os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (no Brasil, arts. 7º a 11 da CRFB) e, nas cartas mais progressistas, ampliando a perspectiva constitucional do trabalho, que deixa de ser entendido apenas sob o ângulo da tutela jurídica do trabalho subordinado e passa a ser percebido como “poder socialmente emancipatório” (vejam-se em Portugal, *e.g.*, os arts. 54º, 1 e 5, 55º, 2, *d*, e 56º, 2, *b* e *c*, todos da Constituição de 1976; e no Brasil, ainda que timidamente, vejam-se os arts. 7º, XI, *in fine*, 11 e 194, parágrafo único, VII, da CRFB, além do relevante art. 193, que textualmente erige, como base da ordem social brasileira, o *primado do trabalho*);

(c) a *constituição social*, consolidando “o conjunto de direitos e princípios de natureza social formalmente plasmados na Constituição”, o que alcança todo um catálogo constitucional de direitos sociais (no Brasil, veja-se o art. 6º da CRFB), um tratamento preferencial para pessoas que, em virtude de condições econômicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar plenamente daqueles direitos (no Brasil, vejam-se, *e.g.*, os arts. 201, § 1º, 203, IV e V, 207, III, e 230 da CRFB) e um sistema de segurança social unificado (no Brasil, veja-se o Capítulo II do Título VIII da CRFB);

(d) a *constituição cultural*, que contempla o direito à educação e à cultura, o acesso à fruição e à criação cultural e artística, o direito ao ensino e o direito ao desporto (no Brasil, veja-se o Capítulo III do Título VIII da Constituição).

Assim ancorado, o princípio da igualdade torna-se capaz de transcender a tensão maniqueísta que por anos opôs uma leitura estritamente estática (= igualdade formal, meramente), indiferente à eliminação das desigualdades, a outra estritamente dinâmica (= igualdade material, impositivamente), indiferente às diferenças entre as pessoas. O Estado social – que não é um Estado “socialista” ou “comunista” – deve assegurar simplesmente uma *igualdade de oportunidades* (= igualdade *real*: “Gleichheit der Lebenschancen”), que não é uma reles “justiça de oportunidades”, mas também não predetermina uma igualdade de resultados. Esse é, afinal, o escopo sinóptico de todo o constitucionalismo social. O que significa, com Canotilho (1999, p. 338), garantir simultaneamente às pessoas a igualdade de Estado de Direito (= “rechtsstaatliche Chancengleichheit”) e a igualdade de democracia econômico-social (= “sozialstaatliche Chancengleichheit”).

### 2.3 – O caso brasileiro e o *devir* constitucional

O sistema constitucional brasileiro ora em vigor, ao que vimos até aqui, não dá azo a hesitações: *o Brasil é um Estado social*, mesmo à míngua de uma declaração textual no art. 1º da CRFB (que se limita às categorias de *Estado democrático* e de *Estado de Direito*, à diferença, por exemplo, da Alemanha, declarada “demokratischer und sozialer Bundesstaat” pelo art. 20, 1, da GG). Contempla todas as quatro ordens de concretização constitucional do princípio da democracia econômica e social. Erige, ademais, a *justiça social* como fundamento da ordem econômica e financeira (art. 170) e como objetivo da ordem social (art. 193). É, sem dúvida, uma opção ideológica, que deve repercutir na interpretação de todo o direito infraconstitucional, no passo de uma “verfassungskonforme auslegung” (= interpretação conforme a Constituição) permanente. Mas essa opção não foi feita por juristas ou juízes; foi feita em

1988, pela Assembleia Nacional Constituinte, no lúdimo exercício de seu poder constituinte originário.

É certo, ademais, que o constitucionalismo social não é um fenômeno restrito ao século XX. Ao revés, ultrapassou a barreira do milênio para seguir vingando no século XXI, o que já se pode testificar por algumas das constituições promulgadas nos últimos 10 anos. Veja-se, por exemplo, a *Constitución Política del Estado de Bolívia*, de 07.02.09, cujo Capítulo 5 do Título II discrimina, com imensa riqueza, os direitos sociais e econômicos de “todo ser humano”: direito ao meio ambiente, à saúde, à seguridade social, direito de pleno acesso aos bens e serviços públicos, direito ao trabalho e ao emprego – com o dever de o Estado proteger, fomentar e fortalecer as “formas comunitárias de produção” –, direito à negociação coletiva, direito de sindicalização/associação para trabalhadores e empresários, direito de greve e, para mais, diversos direitos humanos de tipo *ut singuli*: da infância, da adolescência, da juventude, da família, dos deficientes, dos presos, dos consumidores, etc. Avança, ademais, na positivação de muito do que a ciência do direito do trabalho e as próprias doutrinas sociais construíram no último século, sendo mesmo um paradigma continental (ao menos no aspecto declaratório). Disso são emblemáticos, a propósito, três preceitos:

“Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos.” (art. 13, I)

“Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador.” (art. 48, II)

“Los derechos y beneficios reconocidos en favor de las trabajadoras y los trabajadores no pueden renunciarse, y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.” (art. 48, III)

Dir-se-ia que essa é uma carta constitucional “ideológica” (como se alguma acaso não fosse), de ultraesquerda, elaborada sob medida para um governo de viés socializante (do presidente Juan Evo Morales Ayma, ex-cocaleiro, sindicalista e fundador do *Movimiento al Socialismo* boliviano). Em termos objetivos, convém precaver que a referida Constituição foi aprovada em referendo popular de 25.01.09 por 61,43% do total de votantes (foram às urnas 90,24% dos eleitores). Mas a despeito disso, evitando-se polemizar com a objeção, podem-se bem resgatar outros exemplos, de mesmo pendore, muito

além da “América bolivariana”. Vejamos dois, em dois continentes diferentes, pouco antes e pouco depois da viragem milenar.

Em 01.09.92, entrou em vigor a atual Constituição da República Eslovaca (*Ústavy Slovenskej Republiky*), sob regime democrático e capitalista (arts. 1º e 20), uma vez entabulados os termos do “Divórcio de Veludo” com a República Tcheca. Na Seção V do seu Capítulo II (“Direitos e Liberdades Fundamentais”), a partir do art. 35, foram consagrados os direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais a liberdade de trabalho e profissão, o direito ao trabalho e à proteção social contra o desemprego, o direito a condições justas e satisfatórias de trabalho (assegurando-se, entre outros, limites para a duração do trabalho, salário equânime e suficiente para um digno padrão de vida, proteção contra a dispensa arbitrária e a discriminação no trabalho, saúde e segurança no trabalho, período mínimo de férias remuneradas, negociação coletiva, etc.), direito à sindicalização, direito de greve, especial proteção no trabalho para mulheres, menores, gestantes e deficientes, direito à educação, direito de acesso à herança cultural, etc.

Dez anos depois, na África, por referendo do povo congolês, em 20.01.02, foi promulgada a Constituição da República do Congo (*Constitution de la Republique du Congo* – já não “popular”, pois o marxismo-leninismo foi oficialmente abandonado em 1990), igualmente democrática, capitalista e pluripartidária (arts. 1º, 17 e 51-55), cujos arts. 22 a 36 previram direitos sociais, econômicos e culturais, como o direito à cultura e à identidade cultural, o direito à educação, o direito ao trabalho (cabendo ao Estado “crée les conditions qui rendent effective la jouissance de ce droit” – i.e., direitos de prestação), o direito ao repouso e ao lazer, o direito às férias periódicas remuneradas, o direito à limitação da duração do trabalho, a liberdade sindical, o direito de greve, o direito à saúde pública, os direitos das crianças e dos adolescentes contra a exploração econômica ou social (proibindo-se o trabalho de crianças menores de 16 anos), o direito ao meio ambiente sadio, bastante e durável, etc.

Obviamente, não será a mera inserção constitucional de dispositivos que conferem direitos sociais, econômicos e culturais o que torna o país um “Estado social”. Há que produzir políticas públicas e garantir positivamente o acesso àqueles direitos, desincumbindo-se de seus deveres de prestação. Exatamente por isso, aliás, o *Estado do bem-estar social* de fato se configurou somente com as políticas públicas iniciadas a partir dos anos 1930 (notadamente com o *New Deal* de Franklin D. Roosevelt), após a Grande Depressão; a aurora do constitucionalismo social representou apenas o “período de experimentação” do Estado-providência, ao qual se seguiu um período de consolidação (sob o

*New Deal* e a consequente regulação keynesiana do binômio capital/trabalho) e um período de expansão (já no segundo pós-guerra, com o Plano Marshall de 1947, o “modelo escandinavo” de K. Gunnar Myrdal, prêmio nobel em 1974, e outros similares – cf. MYRDAL, 1960), depois retraído com a adoção, em diversos países, das políticas neoliberais dos anos 1970 e 1980, a partir de Margaret Thatcher (Reino Unido) e depois Ronald W. Reagan (EUA) e Helmut Kohl (Alemanha). Como dissemos, há mesmo quem enfaticamente situe a origem do Estado social nas preditas duas primeiras fases de formação do *Welfare state* (“experimentação” e “consolidação”), reconhecendo o genuíno Estado-providência somente naquela terceira fase, com “padrão cultural único” (de inspiração estadunidense).

Nessa perspectiva, a ideia de Estado-providência praticamente se apartaria daquela de constitucionalismo social, o que não nos parece inteiramente adequado. Há, sem dúvida, alguma linha de desdobramento causal entre um fenômeno e outro, o que se revela pelas próprias políticas sociais adotadas pelo *New Deal* (salário-mínimo, previdência social, redução da jornada de trabalho, garantias sociais para idosos, desempregados e inválidos, etc.), já na antessala do Estado-providência (embora se tenha dispensado, para tanto, modificações textuais na Constituição dos EUA). E de qualquer modo, abstraída a questão das políticas econômicas concretas e os correspondentes signos ou rótulos, é manifesto que, ao consagrar direitos sociais e econômicos, os textos constitucionais sinalizam claramente um certo propósito e uma certa concepção de mundo, ambos marcados por um imperativo de tutela da pessoa na dimensão *social* de sua existência – ou, na dicção de Canotilho (1999, p. 336), a tutela da sua “dignidade social”, pressuposto para colimar a igualdade *real* entre as pessoas (que não é necessariamente uma igualdade material). A rigor, essa vereda histórica, iniciada em 1917, jamais se interrompeu.

### 3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto exposto, parece, afinal, certo que, mais ou menos adaptado às contingências dos tempos, o constitucionalismo social está bem longe de ser um sarcófago de idealismo romântico enterrado nas primícias do século XX. Bem ao contrário, é um eixo constitucional permanente que não deixou de render frutos sequer durante os governos autoritários que infestaram os novecentos, inclusive no Brasil, e que, a par de resistências e acomodações conjunturais, segue cumprindo o seu papel civilizatório no século XXI.

Pois bem. Se as constituições têm ou não dimensão dirigente, e se seus princípios fundantes têm ou não genuína tessitura normativa – como susten-

## DOCTRINA

amos, ali, com Canotilho (1999), sobretudo em seus primeiros escritos, e, aqui, com R. Alexy (1996) –, é questão que demandaria outro artigo. Mas, a esta altura, o que interessa redarguir a você, caro leitor, é isto: quando já soprados os fortes ventos da desregulamentação e da flexibilização que infestaram o último quarto do século XX, a partir dos esquemas econômicos do Consenso de Washington e das interferências político-econômicas do legado Reagan/Thatcher, é verdadeiro afirmar que o direito do trabalho caminha para o seu fim? A descrição acima apresentada aponta para um direito social que soçobra sobre si mesmo?

Se quiséssemos ser apocalípticos – como são, a seu modo, todos os arautos do fim da História (v. FUKUYAMA, 1999) –, ensaiaríamos essa derradeira resposta aderindo àquela mesma retórica bíblico-adventista do último Livro, tão bela quanto metafórica; mas o faríamos a partir de Mateus (13, 16): “(...) bem-aventurados os vossos olhos, porque veem, e os vossos ouvidos, porque ouvem (...)”.

### 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, USP, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Estado socialista (verbete). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 28-32. v. 34.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. Maria Goes. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 1999.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1988.
- MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado do bem estar social ou Estado social? *Jus Navigandi*, Teresina, 24 abr. 2005, n. 656. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 6 jan. 2011.
- MÉSZÁROS, Istvan. *A crise estrutural do capital*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O século XXI: socialismo ou barbárie?* São Paulo: Boitempo, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MYRDAL, Karl Gunnar. *Beyond the welfare state: economic planning and its international implications*. London: Duckworth, 1960.

# A RECONSTRUÇÃO NORMATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Leonardo Vieira Wandelli\*

## O PROBLEMA: A CENTRALIDADE INEFETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

O usa-se sustentar que o direito ao trabalho é o mais importante, embora talvez o menos efetivo dos direitos fundamentais. Por isso, vai-se privilegiar, neste espaço, uma abordagem voltada às perspectivas de sua implementação atual na ordem constitucional brasileira vigente, em detrimento dos aspectos relativos ao seu devir histórico e do aporte crítico que o direito ao trabalho, como expressão de necessidades que demandam uma profunda transformação da institucionalidade vigente, traz frente a essa mesma ordem que o consagra<sup>1</sup>. Isso não significa, porém, que não seja necessário revolver os elementos de fundamentação desse direito. Ao contrário da clássica afirmação de Bobbio, para quem “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”<sup>2</sup>, postula-se, na esteira do que foi sustentado por Joaquín Herrera Flores, que já é mais que tempo de parar para refletir como, para proteger os direitos humanos, é indispensável repensar-se a sua fundamentação<sup>3</sup>.

Neste primeiro tópico, procura-se identificar o contexto normativo do direito ao trabalho, cuja importância é desmerecida por um escasso desenvolvimento dogmático, colocando-se a questão das condições para superar-se essa paralisia. No segundo tópico sintetizam-se alguns elementos da reconstrução da

---

\* *Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; DEA em Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla; mestre em Direito pela UFPR; professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil e vice-líder do GP Trabalho e Regulação no Estado Constitucional; coordenador do Curso de Especialização Capacitação para o Assessoramento à Jurisdição Trabalhista no TRT-PR; instrutor colaborador da SDH-CONATRAE; membro fundador da APDT – Academia Paranaense de Direito do Trabalho; juiz do trabalho no Paraná.*

1 A respeito do duplo caráter, normativo-positivo e, ao mesmo tempo, crítico-transformador do direito ao trabalho, ver: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

3 HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005. p. 36-38.



fundamentação do direito ao trabalho que subsidiarão uma releitura concretizadora cujos contornos gerais se esboçam nos tópicos 3 e 4. No tópico 3, procura-se desenhar a figura complexa de um direito multidimensional, cuja essência é explicitada, no tópico 4, como um direito ao conteúdo do próprio trabalho.

Reiteradamente proclamado nos textos constitucionais e de normas internacionais relativas a direitos humanos, o direito ao trabalho é considerado pela doutrina internacional mais abalizada como “el arquetipo de los derechos sociales”<sup>4</sup> ou “o direito social por antonomasia”<sup>5</sup> ou ainda “il primo dei diritti sociali”<sup>6</sup>. Sua centralidade para o discurso jurídico é reiterada na literatura, não só por razões de ordem normativa, mas também por razões de ordem histórica – como primeira bandeira que levou ao constitucionalismo social – e de ordem cultural – pela necessária hierarquia valorativa que assume na “sociedade do trabalho”<sup>7</sup>. Sobretudo, tal direito é reconhecido como a condição indispensável para outros direitos humanos, como articulado de modo taxativo na Resolução nº 34/1946, de 1979, da Assembleia Geral da ONU: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”<sup>8</sup>.

No dizer de Celso de Albuquerque Mello seria “o direito ao trabalho o mais importante, ou o direito básico dos direitos sociais”<sup>9</sup>, sendo a condição para os demais direitos sociais. E, sem estes últimos, não há sentido para os direitos individuais clássicos, uma vez que já adquirida a compreensão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: “o que interessa a liberdade de expressão se não se têm os direitos à saúde, ao trabalho, à alimentação?”<sup>10</sup>.

4 SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996. p. 19.

5 “Que el derecho al trabajo ha sido considerado tradicionalmente como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia, no necesita ahora ya particulares justificaciones, pues es un dato adquirido la numerosísima literatura al respecto.” (MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*. In: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, María Nieves [Coord.]. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares, 2002. p. 288)

6 GIUBBONI, Stefano. *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*. Disponível em: <[http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni\\_n46-2006int.pdf](http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf)>.

7 MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *ob. cit., loc. cit.*

8 Relevante o art. 13 da Proclamação de Teerã, de 1968, também da AG da ONU, que dispõe: “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível. O alcance de progresso duradouro na implementação dos direitos humanos depende de políticas nacionais e internacionais saudáveis e eficazes de desenvolvimento econômico e social”.

9 MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

10 *Idem*, p. 221.

Com efeito, no plano internacional há um grande acervo de normas internacionais de direitos humanos em geral e, em especial, de direitos sociolaborais, que se referem explicitamente ao reconhecimento e a formas de implementação do direito ao trabalho. A princípio, o art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>11</sup>. É relevante que o item I desse dispositivo distingue o direito ao trabalho, como expressão mais geral, de suas expressões parcelares, como o direito à livre-escolha de emprego, o direito a condições justas de trabalho e o direito à proteção contra o desemprego. Bem assim, os itens II a IV consignam o direito à igualdade salarial para igual trabalho, o direito de organização e filiação sindical e, em especial, o direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e sua família uma existência digna. Não se olvide, ainda, o vínculo indivisível firmado, no art. 22 da DUDH, entre os DESCs e a dignidade e o desenvolvimento da personalidade. Em termos dogmáticos, esse desenho de um direito geral, que se desdobra em aspectos parcelares, expressa a pluralidade de dimensões normativas característica do direito ao trabalho, como se verá adiante.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966, tratado vigente no âmbito interno brasileiro<sup>12</sup> e que deu prosseguimento à positivação dos direitos enunciados na DUDH, assegura o direito ao trabalho em seu artigo 6.º, elencando, de forma não exaustiva, o direito a trabalhar, à oportunidade de um trabalho livremente escolhido ou aceito, à formação profissional, a políticas de desenvolvimento econômico, social e cultural e à “ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana”<sup>13</sup>.

---

11 “Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.”

12 Protocolo adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao direito interno brasileiro com o Decreto nº 591, de 06.07.92.

13 Um amplo leque de implementação desse dispositivo é desenvolvido pelo Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, encarregado do controle da implementação do PIDESC, na Observação Geral nº 18, de 24.11.05, que será referida adiante. Diversas outras normas no âmbito da ONU se reportam ao direito ao trabalho. O artigo 8º, item 3, *a*, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos; o artigo V, parágrafo *e*, inciso *i*, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; o artigo 11, parágrafo 1, item *a*, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; o artigo 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança; os artigos 11º, 25º, 26º, 40º, 52º e 54º da Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Familiares.

Diversas outras normas e declarações internacionais consagram, com central normatividade, o direito ao trabalho. Pode-se mencionar, exemplificativamente: o artigo 6<sup>14</sup> do Protocolo de São Salvador<sup>15</sup>; e o artigo 45, *b*, da Carta da Organização dos Estados Americanos<sup>16</sup>. Dentre as convenções e recomendações da OIT<sup>17</sup> destaca-se o disposto no artigo 1º da Convenção nº 122<sup>18</sup>, que dispõe sobre a política de emprego não só quantitativo, mas qualitativo, e que deverá procurar garantir:

“a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho; b) que este trabalho seja o mais produtivo possível; c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.”

Juntamente com o artigo 6.º do PIDESC, antes mencionado, o qual ressalta que as condições de trabalho são determinantes para o exercício das liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa, esse dispositivo forma a base normativa que explicita a projeção do direito ao trabalho sobre o princípio do pleno emprego, ressaltando que este deverá possibilitar ao tra-

- 
- 14 “Artigo 6 (...) 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa através do desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita. 2. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados-Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.”
- 15 Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19.04.95, sendo depositado em 21.08.96, entrando em vigor, no plano internacional e para o Brasil em 16.11.99, sendo completado o processo de introdução no direito interno brasileiro pelo Decreto nº 3.321, de 30.12.99 (DOU 31.12.99).
- 16 “b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar;”
- 17 É sintomático que, na Declaração de 1998 sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, a OIT não incluiu nenhuma das Convenções que guardam pertinência mais próxima com o núcleo do direito ao trabalho, como as Convenções ns. 122, 158 e 168. Nessa declaração, adotaram-se quatro princípios e direitos fundamentais do trabalho, correspondentes a oito Convenções da OIT, que se consideram vinculantes de todos os Países-membros, independentemente de ratificação: 1) Liberdade de associação e de organização sindical e direito de negociação coletiva (Convenções ns. 87 e 98); 2) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório (Convenções ns. 29 e 105); 3) Abolição do trabalho infantil (Convenções ns. 138 e 182); 4) Eliminação da discriminação no trabalho (Convenções ns. 100 e 111). Destas, o Brasil ainda não incorporou ao direito interno a Convenção nº 87.
- 18 Ratificada pelo Brasil com o Decreto Legislativo nº 61, de 30.11.66, e incorporada ao direito interno pelo Decreto nº 66.499, de 27.04.70.

balhador adquirir e utilizar as suas qualificações e dons. Consagra-se aí, em especial, o vínculo do direito ao trabalho com o que denominamos de direito ao conteúdo do próprio trabalho, que, como se explicita adiante, constitui o cerne do sentido desse direito<sup>19</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 é igualmente enfática em assegurar a mais proeminente estatura normativa e hierarquia axiológica ao direito ao trabalho, como expressão da íntima relação que estabelece entre a dignidade humana, o valor do trabalho e os direitos e instituições que afetam a vida daqueles que vivem do trabalho. Designa o trabalho como um direito social fundamental (art. 6º) ao qual acresce, no Título dos Direitos Fundamentais, um amplo rol de direitos e garantias dos trabalhadores (art. 7º) e disposições relativas à liberdade sindical (art. 8º), direito de greve (art. 9º) e participação dos trabalhadores nos colegiados de órgãos públicos de seu interesse (art. 10) e na gestão das empresas (art. 11), além de vários dispositivos esparsos que, em maior ou menor medida, contemplam aspectos do direito ao trabalho e da proteção do trabalho em geral, concretizando-o em normas específicas ou fortalecendo o seu âmbito geral.

Tais dispositivos que consagram direitos e garantias são contextualizados, no plexo constitucional, pela atribuição, ao trabalho, da força jurídica de um valor social elevado à máxima hierarquia e que, junto com a livre-iniciativa, é fundamento da República (art. 1º, IV), ao lado e intimamente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)<sup>20</sup>. A mesma tríade de valores fundamentais é encontrada no *caput* do art. 170, que estabelece os princípios da ordem econômica: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. Note-se que, sendo o trabalho uma das principais expressões da dignidade humana, a ordem econômica somente se legitima à medida que estiver a seu serviço e não

---

19 É essencial, ainda, a adoção, pela OIT, de uma agenda macropolítica de promoção do Trabalho Decente, compreendido como “um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, sem quaisquer formas de discriminação e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho” (ABRAMO, Laís. *Trabalho decente, igualdade de gênero e raça/etnia e desenvolvimento*. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/prgatv/prg\\_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf](http://www.oit.org.br/prgatv/prg_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf)>. PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. *Cadernos da AMATRA IV*, Porto Alegre, ano VI, n. 16, nov. 2011, p. 20-54). Para uma análise crítica do conceito de trabalho decente da OIT, à luz do direito ao trabalho, ver: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*, *ob. cit.*, p. 234-235.

20 Sobre o valor constitucional do trabalho e sua vinculação à dignidade da pessoa humana: WANDELLI, Leonardo Vieira. Valor social do trabalho e dignidade na Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Curso de direito constitucional* (no prelo).

o contrário. Ainda, o art. 193 estabelece que a ordem social “tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Por fim, o art. 205, ao estatuir a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece os fins da promoção da educação, que associam o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, ressaltando o vínculo existente entre desenvolvimento da personalidade, educação para a cidadania e qualificação para o trabalho.

Do conjunto dos enunciados constitucionais resulta consistente a afirmação de que não há como se conceber a dignidade da pessoa humana, como fundamento nuclear de todo o ordenamento jurídico, de modo tal que não contemple a intensa vinculação com o trabalho enquanto dimensão essencial dessa dignidade. No dizer de José Afonso da Silva:

“isso tem o sentido de reconhecer o *direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).”<sup>21</sup>

Explícito, pois, o vínculo direto entre dignidade e direito ao trabalho. No discurso constitucional, o trabalho excede em muito a dimensão do ter, por meio de benefícios decorrentes da compra e venda da força de trabalho, mas diz respeito diretamente à dimensão do ser, dos aspectos mais essenciais da existência digna, a serviço da qual se coloca a ordem normativa e que se expressam no trabalho.

Pois bem, o conjunto de dispositivos constitucionais e normativas internacionais, associados à identificação doutrinária da primazia do direito ao trabalho no quadro dos direitos, levaria a se supor que daí decorreria um correspondente acervo dogmático e jurisprudencial de concretização de sua força normativa<sup>22</sup>. Contudo, o cenário empírico jurídico atual prontamente desmente essa suposição. Sequer uma dimensão negativa do direito ao trabalho, como limite às ações do Estado potencialmente violadoras desse direito, vê-se suficientemente desenvolvida no espaço nacional, sendo escassa a produção teórica a respeito

21 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 288-289.

22 Compreende-se por força normativa das normas jurídico-estatais algo que abrange dois aspectos: um, que se refere ao estado de coisas de um certo grau de *efetividade social* do conteúdo das normas; outro, que diz respeito ao que o jusfilósofo alemão Friedrich Müller denomina *concretização*, ou seja, a construção social – pelos atores sociais em geral, dentre os quais os profissionais do direito – do sentido das normas a ser considerado judicial e extrajudicialmente. Normas, assim, são resultados de processos estruturados de concretização dos textos produzidos pelo Estado Democrático de Direito, capazes de justificar a tomada de decisão por autoridades. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996. p. 186 e ss.

e rara a sua aparição nas decisões dos tribunais<sup>23</sup>. No âmbito da jurisprudência do STF, por exemplo, a maioria das poucas decisões que o abordam fazem referência a uma pequena fração do conteúdo do direito ao trabalho, relativo à liberdade de exercício de profissão. Se ampliarmos o questionamento para além da obrigação de proteção contra violações, incluindo as outras espécies de obrigações do Estado brasileiro para com a efetividade dos DESCs<sup>24</sup>, ainda menos se encontra em termos de medidas jurídicas concretas que se destinem explicitamente a proteger diretamente o direito ao trabalho, tanto em face de violações de particulares quanto com o fim de promover as medidas legislativas, administrativas e judiciais para sua implementação. O fato é que o STF, embora tenha desenvolvido alguns aspectos do trabalho como valor constitucional e da liberdade de trabalhar, ainda está por iniciar a tarefa de desenvolver uma doutrina do direito fundamental ao trabalho. Uma inércia jurisprudencial que inclusive contrasta com os desenvolvimentos ainda iniciais, mas relativamente expressivos, que um renovado direito constitucional, absorvido pelos demais campos do direito, vem propiciando no âmbito de outros direitos sociais, especialmente nos direitos à saúde e à educação. A percepção de que não há um abismo entre a estrutura normativa de direitos sociais e de direitos civis e políticos vem possibilitando diversos avanços na exigibilidade desses outros direitos que, contudo, não vêm alcançando o direito ao trabalho<sup>25</sup>.

Fábio Konder Comparato afirma ser o direito ao trabalho “a pedra angular da construção de uma verdadeira sociedade democrática”<sup>26</sup>, mas a doutrina constitucional brasileira raramente dedica algumas linhas a este que seria o carro-chefe dos direitos sociais, tanto por sua relevância teórica quanto por sua primazia histórica<sup>27</sup>.

---

23 A respeito: LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

24 A recomendação 12 do Comitê de peritos do PIDESC explicita três espécies de obrigação do Estado: “a) não violar diretamente o direito; b) protegê-lo em face de violações de terceiros; e c) promover todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais ao seu alcance para sua efetiva implementação”.

25 Um excelente estudo dessas práticas doutrinárias e judiciais em diversos países, embora com a explícita desconsideração do direito ao trabalho, foi feito por: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. Contudo, já na 2ª edição da mesma obra, de 2004, os autores passam a relatar também desenvolvimentos dogmáticos em torno do direito ao trabalho.

26 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 345.

27 Dentre as louváveis e recentes exceções da literatura constitucionalista nacional que dedicam tópico específico a respeito, estão o excelente *Curso de Direito Constitucional*, de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (São Paulo: RT, 2012. p. 600-604), e o didático *Direito Constitucional*, de Ferrari (São Paulo: RT, 2011. p. 761-774), que, com razão, identifica no direito ao trabalho o paradigma de leitura dos direitos sociais.

Tem-se aí algo que nos faz refletir sobre o caráter de um constitucionalismo que não se dedica àquilo que Karl Polanyi denominou “as formas de vida do povo comum”: o trabalho<sup>28</sup>. Para o psiquiatra francês e principal referência da psicodinâmica do trabalho, Christophe Dejours, as pesquisas que essa disciplina realiza ao redor do mundo têm demonstrado a centralidade do trabalho para a subjetividade. E essa afirmação é válida para o bem e para o mal: pessoas empregadas e desempregadas têm no trabalho uma mediação crucial que pode tanto ser responsável por produzir o melhor em termos de autorrealização e construção da saúde quanto o pior, em termos de degradação e adoecimento psíquico<sup>29</sup>.

“Tendo-se em conta essa ‘centralidade do trabalho’ que confere ao trabalho uma dimensão antropológica (o que é dizer que o trabalho é indissociável da condição humana), então o direito do trabalho não pode mais ser considerado como um direito especializado. O direito do trabalho toca um direito fundamental.”<sup>30</sup>

No entanto, também entre os juslaboralistas pátrios se repete o mesmo quadro geral de omissão doutrinária quanto ao conteúdo do direito ao trabalho, havendo escassas referências o seu exercício no interior das relações de trabalho<sup>31</sup> e poucas monografias dedicadas ao tema<sup>32</sup>.

É isso a que se chama de centralidade inefetiva do direito ao trabalho. A sua centralidade normativa, conceitual e antropológica é inquestionável, mas a sua inaplicação prática é tão evidente quanto.

28 POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2012. p. 81.

29 DEJOURS, Christophe. *Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émancipation*. Paris: Payot, 2009.

30 DEJOURS, Christophe. Apresentação. In: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho, ob. cit.*, p. 15.

31 Sintomaticamente, um dos juslaboralistas nacionais mais argutos dedica excelente obra à análise dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, sem, no entanto, qualquer análise específica do direito ao trabalho. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

32 Dentre as exceções, que confirmam a regra, além do nosso *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho: Fundamentação e Exigibilidade*, destacam-se os trabalhos de Ledur, *A Realização do Direito ao Trabalho (ob. cit.)*, de Gomes, *O Direito Fundamental ao Trabalho: Perspectivas Histórica, Filosófica e Dogmático-Analítica* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008), de Delgado, *Direito Fundamental ao Trabalho Digno* (São Paulo: LTr, 2006), de Fonseca, *O Direito ao Trabalho: um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro* (São Paulo: LTr, 2009), de Alemão, *Desemprego e Direito ao Trabalho* (São Paulo: Esplanada; ADCOAS, 2002), e de Moraes Filho, *O Direito ao Trabalho* (In: *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 11-16 ago. 1974, Rio de Janeiro: Asgráfica, 1974, p. 674).

## RECONSTRUIR A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO

O déficit de desenvolvimento da força normativa do direito ao trabalho pode ser atribuído a dois principais prejuízos, que constituem verdadeiros obstáculos epistemológicos a serem superados para o seu desvelamento. Ambos os argumentos se apoiam em afirmações parcialmente verdadeiras. No entanto, a paralisia que deles decorre é que não se justifica. O primeiro, a afirmação de que, numa sociedade de mercado, o Estado não pode garantir um posto de trabalho a todos<sup>33</sup>, porque não seria factível nem obrigar as empresas a isso, nem o próprio Estado empregar diretamente todas as pessoas. O segundo obstáculo é o próprio esvaziamento da percepção da importância do trabalho na sociedade capitalista. Se o trabalho na modernidade é pura degradação, exploração e negação do sujeito trabalhador – e não faltam fundamentos para sustentar essa afirmação –, que “direito masoquista”<sup>34</sup> é esse de ser espoliado? O trabalho somente interessaria como via instrumental de obtenção de outros bens, sendo desprovido de um valor próprio. Assim, uma garantia de renda que dispensasse da penitência do trabalho realizaria melhor os anseios humanos que a insistência no direito a algo que não teria em si nenhum ganho antropológico a oferecer. Esses dois obstáculos desafiam o sentido da reivindicação do direito ao trabalho e paralisam o seu desenvolvimento jurídico.

Enfrentar esses dois obstáculos depende de reconstruírem-se os fundamentos do direito ao trabalho, a fim de resgatar a sua importância, vale dizer, em termos constitucionais, a sua fundamentalidade material, de um lado, e, de outro, a fim de explicitar e mesmo desvelar o conteúdo desse direito que está obscurecido. Embora reconstituir esse esforço de fundamentação ultrapassaria em muito o espaço deste trabalho, cabe incorporar, aqui, os resultados da pesquisa desenvolvida em outro lugar, onde se procurou desenvolver um duplo pilar teórico, que se reporta às teorias das necessidades e às teorias da luta por reconhecimento na reconstrução dos fundamentos do direito ao trabalho<sup>35</sup>. A partir desses elementos, emerge a formulação de um desenho de nosso direito

33 “(...) por la simple razón de que la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre y no viene determinada, si impulsada o fomentada en su caso, por la acción de lo poderes públicos.” (PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. Prólogo. In: SASTRE IBARRECHE, Rafael. *ob. cit.*, p. 15)

34 A expressão é de Kurz (O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20.07.97, Caderno Mais). Sobre essa perspectiva, ver, ainda, o *Manifesto contra o Trabalho*, elaborado pelo Grupo Krisis (São Paulo: Conrad, 2003). É de se considerar que a separação do campesinato de seus meios de produção, na Grã-Bretanha dos princípios da revolução industrial, a qual gerou uma súbita ociosidade que engendrou o exército de reserva de força de trabalho, também foi celebrada, à época, como verdadeira emancipação do trabalho. BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad individualizada*. Madrid: Cátedra, 2001. p. 29-30.

35 WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho, ob. cit.*, capítulos 1 a 3.



fundamental apto a resgatar a tensão entre trabalho vivo e força de trabalho subsumida ao capital, mesmo no interior das relações de trabalho existentes e no contexto normativo vigente.

Para pensarmos o que significa o caráter materialmente fundamental de um direito, uma precisão conceitual é indispensável: direitos não são fins em si mesmos. Direitos são mediações para bens<sup>36</sup> materiais e imateriais (objetos, atividades e relações). São os bens que nós obtemos por meio dos direitos, e não os direitos em si, que satisfazem e transformam as nossas necessidades humanas. Isso se dá porque nós somos sujeitos corporais e necessitados. O direito, como uma produção humana, só tem sentido enquanto é uma mediação para a realização das necessidades da pessoa humana<sup>37</sup>. Por isso que nós dizemos que a dignidade da pessoa humana está acima e é o critério de hierarquização de todos os demais valores e instituições.

As necessidades determinam o marco normativo de variabilidade das opções políticas válidas e conectam à realidade da vida concreta dos sujeitos o conteúdo de grande parte dos direitos fundamentais. Explicita-se: não se pretende que a teoria das necessidades resolva todos os problemas de fundamentação dos direitos humanos e fundamentais e, ainda, todos os problemas de exigibilidade jurídica daí decorrentes<sup>38</sup>. A satisfação das necessidades não é o fundamento último, nem único, nem suficiente dos direitos e há mesmo direitos legítimos que não têm contrapartida imediata em necessidades. Mas o marco de realização das necessidades é, sim, um fundamento necessário, material e histórico de qualquer sistema normativo globalmente considerado. Tal fundamento se apoia em uma concepção objetiva de necessidades e com pretensão de universalidade, como condições sem as quais há um dano grave e permanente à participação autônoma e crítica em uma forma coletiva de vida, o que as diferencia de meros desejos, preferências, interesses ou utilidades, mas também é uma concepção que permite criticar normativamente qualquer forma de vida que desborde dos marcos de factibilidade postos a partir da satisfação de necessidades. Consoante o sustentado, pode-se afirmar um princípio normativo de satisfação ótima das necessidades que deve estar presente, de forma

---

36 Nesse sentido, Herrera Flores (*Los derechos humanos como productos culturales, ob. cit.*, p. 92 e ss). Embora promova a inversão de prioridade entre direitos e bens, o saudoso jusfilósofo sevilhano não chega a formular uma teorização explícita sobre necessidades humanas que sirvam como critério de que nem todos os bens valham igual ou sejam igualmente preferíveis, embora suas formulações induzam à necessidade de fazê-lo.

37 HINKELAMMERT, Franz; MORA JIMÉNEZ, Henry. *Hacia una economía para la vida*. San José: Dei, 2005.

38 No mesmo sentido: LUCAS, Javier de; AÑÓN ROIG, María José. Necessidades, razones, derechos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 7, 1990, p. 76-77.

necessária, mas não suficiente, na fundamentação dos direitos como um todo e em boa parte de direitos fundamentais específicos, como é o caso do direito ao trabalho, que guarda uma intensa conexão com necessidades humanas.

O trabalho estabelece, com as necessidades, quatro formas de relações: a) *o trabalho é, ele mesmo, uma necessidade*: o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de fazer atuar, sempre de modo intersubjetivo, sua atividade humana específica, de exteriorizar-se e transformar o mundo humanizando a natureza e a si mesmo, como exercício de autonomia, do desenvolvimento da corporalidade; portanto, essa forma de ver o trabalho também significa valorá-lo como uma capacidade humana sem a qual não é possível uma vida digna<sup>39</sup>; b) o trabalho, sempre entendido como processo coletivo e inserido na divisão social do trabalho, também *produz bens que satisfazem necessidades* dos sujeitos viventes ou servem como instrumentos de trabalho; objetos materiais ou imateriais, e ainda atividades e relações interpessoais que são valores de uso para os sujeitos; c) a inafastável atividade do trabalho no ser social determina o caráter histórico das necessidades: *mediante o trabalho*, no âmbito da divisão social do trabalho, *os seres humanos atualizam e criam novas necessidades*, que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações, novas relações de preferências dentro de um determinado sistema de necessidades, ou mesmo a alteração global desse sistema de necessidades; a transformação das necessidades é a transformação do próprio homem; d) por fim, se o trabalhar é uma necessidade (a), ao mesmo tempo *o trabalho, como conjunto de atividades e relações, também consiste em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfator de necessidades* de autorrealização e desenvolvimento da corporalidade, de afirmação identitária, de conquista da saúde, de aprendizado do viver junto, de construção de vínculos de solidariedade e pertencimento, o que implica que tenha condições de duração, intensidade, segurança acidentária e sanitária e, especialmente, de conteúdo concreto e organização coletiva capazes de favorecer a autonomia dos trabalhadores individual e coletivamente considerados, pela possibilidade de autorrealização e desenvolvimento da personalidade, de manter vínculos de cooperação, pela possibilidade de participação no controle do conteúdo dos processos de trabalho, pela experiência da atividade deôntica de construção de regras técnicas e éticas, formais e informais, de trabalho, pelo fortalecimento e desenvolvimento da identidade e autoestima, mediante a

39 “El valor de esa capacidad para la vida digna es lo que convierte en un derecho la posibilidad de ejercerla y en un deber político poner las condiciones para que cualquier ciudadano pueda ejercerla. El lenguaje de los derechos, para tener sentido, exige el de las *valoraciones* y las *capacidades*, concretamente la valoración de ciertas capacidades como posibilidad irrenunciable en una sociedad justa.” (CORTINA, Adela; CONILL, Jesús. Cambio en los valores del trabajo. *Sistema: Revista de Ciências Sociais*, n. 168-169, 2002, p. 4)

oportunidade de reconhecimento da contribuição singular aportada pelo trabalho realizado e pelo aprendizado privilegiado do viver junto e de participação em uma obra comum, “honrando a vida” pelo trabalho<sup>40</sup>.

Vivemos em um modelo de sociedade em que o acesso a uma relação de trabalho representa, para uma grande parcela da população, a única ou a principal via de se alcançarem bens essenciais sem os quais não se pode falar de vida com dignidade. Mas, como se salientou, o trabalho não é só uma mediação instrumental para a obtenção de outros bens. Sobretudo, o próprio trabalho humano é um bem com valor de uso. O conteúdo da atividade de trabalho e da organização coletiva de trabalho, como um conjunto de atividades e relações, é um bem que realiza necessidades essenciais do humano em termos de desenvolvimento da personalidade, de autorrealização, de exteriorização e humanização do mundo, de construção da identidade e conquista da saúde, de pertencimento, de aprendizado ético e político do viver junto.

É aqui neste último ponto que entra em cheio a temática da luta por reconhecimento na perspectiva iluminada não só pela teoria social<sup>41</sup>, mas sobretudo a partir das ciências clínicas do trabalho, em especial a psicodinâmica do trabalho. Para esta, o que mobiliza as pessoas a dedicarem-se ao trabalho, enfrentando os obstáculos e assumindo os riscos daí decorrentes, é a possibilidade de, ao fazer um trabalho bem feito, participando da realização de uma obra comum, reconhecer-se e ser reconhecido como alguém útil, que pertence a uma comunidade de trabalho e que deixa nela a marca da sua contribuição singular. Isso depende do olhar do outro, na forma de julgamentos de reconhecimento material e simbólico da contribuição aportada por meio do fazer. Para que a dinâmica contribuição-reconhecimento se realize, são necessárias condições relativas à atividade e à organização do trabalho, pois o reconhecimento somente é possível se há um *coletivo de trabalho* em que seja possível a dinâmica contribuição-reconhecimento<sup>42</sup>. Essas *condições* dizem respeito à possibilidade de *cooperação* entre os trabalhadores, transparência, confiança, solidariedade,

40 Aqui, a contribuição seminal da obra de Christophe Dejours: *Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émancipation*. Paris: Payot, 2009. Trabalho, necessidades e reconhecimento estão indissolavelmente ligados, tanto no plano mais geral da sociedade quanto no plano localizado da empresa.

41 HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, jan./abr. 2008, p. 46-67. *Idem*: *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003; RENAULT, Emmanuel. Reconnaissance et travail. *Travailler 2/2007* (n. 18), Paris, Martin Média, p. 119-135.

42 DEJOURS, Christophe. In: LANCMAN; SZNELWAR (Org.). *Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; Paralelo 15, 2011. p. 85-93. *Idem*: A saúde mental entre impulsos individuais e requisitos coletivos. In: LANCMAN; SZNELWAR, *ob. cit.*, p. 426.

liberdade e tempo disponível, para que se desenvolva uma prática deliberativa participativa informal de construção de acordos, arranjos normativos, regras de trabalho e de convivência e arbitramento de conflitos no trabalho, de modo a viabilizar a cooperação e a retribuição simbólica da contribuição aportada ao coletivo, na forma de reconhecimento do fazer.

Caso obliterada a dinâmica contribuição-reconhecimento, em qualquer das pontas, seja pelo impedimento a uma efetiva contribuição, seja por inviabilizadas as condições para as práticas de reconhecimento, resta abalada a construção da identidade no campo social. O sofrimento, que é inerente a toda experiência de trabalho, não ganha sentido para o sujeito e torna-se patogênico. Suicídios e as patologias do assédio no trabalho<sup>43</sup> são apenas as formas mais eloquentes dos sintomas de uma era em que o apagamento da solidariedade, o cinismo, a falta de confiança e a exacerbação da concorrência no mundo do trabalho estão na base da degradação da vivência social e das possibilidades de ação política.

De fato, as pesquisas das ciências clínicas do trabalho nos mostram que o trabalho, em sentido concreto, jamais é neutro em relação à saúde psíquica e tem um papel fundamental para a sociabilidade e o aprendizado político. A precariedade material e existencial da maior parte das experiências de trabalho atuais não nos autoriza a descartá-lo. Ele pode gerar o pior, em termos de opressão, alienação, exploração, de degradação do sujeito, de adoecimento, acidentes e de produção de uma subjetividade alienada que engendra uma racionalidade do cinismo, destrói os vínculos de solidariedade e esvazia a ação pública. De fato é esse o resultado efetivo de grande parte das experiências atuais de trabalho, mas ele também é um mediador privilegiado para o melhor, em termos de desenvolvimento da personalidade, construção da identidade e conquista da saúde, da autonomia, da formação de vínculos de pertencimento e solidariedade e de aprendizado ético e político. O trabalho é o grande mediador privilegiado e não substituível da realização do ego, para além da esfera erótica, no campo social<sup>44</sup>. A sua degradação não prova a sua desnecessidade, mas, ao contrário, releva a urgência do resgate dessas condições.

Em virtude disso, é indispensável não se perder de vista o vínculo materialmente fundamental do trabalho com a subjetividade, com a organização social e política. Poucas outras dimensões da vida objeto da preocupação do direito são tão essenciais à dignidade. Compreender não só o quão importante

---

43 Um bom estudo a respeito se encontra em: POHLMANN, Juan Carlos Zurita. *Assédio moral organizacional: identificação e prevenção*. Curitiba: Unibrasil (dissertação de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia), 2013.

44 DEJOURS, *Travail vivant, ob. cit., passim*.

é aquilo que aí se joga (fundamentalidade material), mas, ainda, o “como” se estabelecem concretamente essas mediações do trabalho com a subjetividade e as condições necessárias para que isso ocorra é o que nos permite buscar, do ponto de vista jurídico, o que, afinal de contas, é devido em face da consagração do direito fundamental ao trabalho.

É claro que o direito ao trabalho expressa necessidades que não podem ser inteiramente realizadas nos limites da institucionalidade vigente. Isso lhe dá o caráter daquilo que Agnes Heller denominara de necessidades radicais, ou seja, necessidades cuja realização implica transcender a sociedade atual<sup>45</sup>. Contudo, daí não decorre que não haja espaços parciais de realização do trabalho como necessidade ainda nos limites das relações de trabalho assalariada e nas outras formas secundárias de trabalho que se subsumem sob o capital. São esses espaços de irredutibilidade do trabalho vivo que possibilitam a fundamentação material de um direito ao trabalho vigente.

Primordialmente, essa centralidade do trabalho na vida das pessoas, que se pode dizer uma centralidade antropológica do trabalho, deve corresponder a uma centralidade jurídica no quadro conceitual e prático do direito, como condição e expressão da dignidade. Como mediação para as necessidades humanas, o direito deve, antes de tudo, proteger aquilo que é essencial nas suas vidas e a ciência jurídica não pode alcançar essa percepção, senão em diálogo sério com as demais ciências<sup>46</sup>. A partir desse diálogo é que se pode afirmar o “como” o trabalho pode e deve corresponder à realização de necessidades humanas indispensáveis à vida digna.

O direito humano e fundamental ao trabalho é, então, a primeira mediação jurídica que funda o discurso do direito sobre o campo vital do trabalho, sobre os modos sociais pelos quais as pessoas aplicam e desenvolvem as suas capacidades

---

45 HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1978. p. 87-113. Resgata, a partir de Marx, como a condição do trabalho na sociedade capitalista aponta para necessidades radicais de superação dessa sociedade, justamente porque, engendrando a alienação do trabalho, nega a realização das necessidades humanas.

46 Em sua célebre conferência sobre a atualidade da filosofia, de 1966, Theodor Adorno sustentava que os problemas filosóficos estavam irremediavelmente imbricados nas discussões das diversas ciências especializadas e que não lhe restava escolha, senão utilizar todo o material abundante trazido nesses acirrados debates. De certa forma, pode-se sustentar que também uma dogmática jurídica pós-metafísica, por lidar com os problemas sociais vitais em nível concreto, nos quais a realidade se apresenta em sua inteira complexidade, tem também a obrigação de buscar a síntese das múltiplas determinações que incidem sobre a realidade concreta, alimentando os sentidos jurídicos com as questões desenvolvidas nas demais ciências, levando-as a sério, a fim de ultrapassar a mera aparência cotidiana das representações intuitivas dos fenômenos. Nada justifica o reducionismo de um saber jurídico autorreferente, que se contenta com a mera evocação mítica de conceitos fundamentais sobre a vida concreta, que constitui o seu campo de aplicação.

em uma atividade produtiva com valor de uso. Em nossa compreensão, esse direito tem um caráter multidimensional, mas cujo centro, que estava oculto, se expressa na ideia de um direito ao conteúdo do próprio trabalho, como se explicita na sequência.

### UM DIREITO FUNDAMENTAL MULTIDIMENSIONAL

Tanto direitos a bens sociais, como trabalho ou saúde, quanto direitos a bens de liberdade, como livre locomoção, por exemplo, dependem de condições fáticas de realização que implicam medidas de prestação fática e jurídica (proteção e organização) e medidas de abstenção (não obstaculizar a atuação, não violar a situação ou não afetar ou suprimir posições jurídicas existentes), que nem sempre são suscetíveis de definição precisa e se sujeitam a implementação progressiva. O ponto que aqui interessa afirmar, para o fim de definirem-se as potencialidades eficáciais do direito ao trabalho, está em que tanto direitos sociais quanto direitos civis, caso se queira continuar com essa nomenclatura tradicional, incluem, do ponto de vista subjetivo, direitos a prestações, que implicam medidas promotoras das suas condições fáticas de realização, direitos a abstenções e a medidas de proteção<sup>47</sup>. Dessa forma, conforme observa Vieira de Andrade, em um mesmo direito fundamental podem-se encontrar combinados direitos a abstenções, direitos a prestações positivas, jurídicas ou materiais, direitos potestativos de interferir na esfera de outrem, os quais são dirigidos, na condição de sujeitos passivos, tanto ao legislador, à administração, ao judiciário ou a entidades privadas<sup>48</sup>. Portanto, como ressaltam Abramovich e Courtis, a disposição de um direito entre os direitos civis e políticos ou direitos econômicos sociais e culturais tem um valor meramente classificatório, mas uma conceitualização rigorosa com base no caráter das obrigações dele decorrentes, positivas, ou negativas, apresentará um gradiente contínuo, em que ora estará presente maior grau de obrigações negativas, ora maior grau de obrigações positivas<sup>49</sup>.

Na verdade, como ressalta Peter Häberle, a compreensão de “um direito ao trabalho de múltiplas dimensões, com garantias conexas” e projeções sobre

---

47 SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14.

48 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 188. A respeito, também: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 166-241; ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. *Ob. cit.*, p. 19-64.

49 ABRAMOVICH; COURTIS, *ob. cit.*, p. 27.

diversos outros direitos fundamentais e sobre vários ramos do direito ordinário, v.g., além do direito do trabalho, o previdenciário, o tributário, o administrativo, etc., forma uma estrutura complexa que “relativiza a dicotomia (supostamente clássica) entre os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, na mesma medida em que o ‘trabalho’ e a ‘proteção do trabalho’ penetram nas dimensões dos direitos fundamentais”<sup>50</sup>.

A Constituição de 1988 dotou de caráter formalmente fundamental o direito ao trabalho, ao passo que se encontram vigorosas razões para sustentar a sua fundamentalidade material. Daí se extrai que também o direito ao trabalho está sujeito à aplicabilidade imediata de que trata o art. 5º, § 1º, da Constituição<sup>51</sup>. A circunstância de que, muitas vezes, as normas relativas aos direitos sociais se expressam em termos que podem tornar difícil a tarefa de definir o que, aqui e agora, é devido como conteúdo do direito à saúde, à educação ou ao trabalho, também é comum a qualquer outro texto normativo que, para sê-lo, precise sempre, antes, ser interpretado, não sendo essa uma característica especial no caso dos assim chamados direitos sociais. O que essa objeção, aplicável a todos os direitos, ressalta, com razão, é que a densificação dogmática do conteúdo dos direitos constitui um dos aspectos essenciais para o desenvolvimento da sua força normativa.

Trata-se, então, de compreender que, em torno de “um” direito ao trabalho como um todo, enfeixa-se, como já sugerido nos diversos dispositivos normativos internacionais referidos no primeiro tópico, um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas<sup>52</sup>) quanto de caráter defensivo, bem como direitos de proteção que veiculam os diversos aspectos de conteúdo do âmbito de proteção do direito. Da mesma forma, valorizando-se a linguagem adotada pelos órgãos de controle da aplicação de normas internacionais, emanam, desse mesmo direito, obrigações ao Estado e aos particulares de respeitar, proteger, e implementar<sup>53</sup>, que configuram a sua dimensão objetiva.

O direito ao trabalho é um direito multidimensional que envolve diversos aspectos de conteúdo e diferentes capacidades eficaciais. Em 2005 o CDESC, da ONU, que é o órgão responsável pelo controle da aplicação do PIDESC, elaborou a Observação Geral nº 18, que descreve, embora de modo parcial, segundo

50 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México, D.F.; Lima: UNAM; PUC-Peru, 2003. p. 255-256.

51 SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, ob. cit., p. 297.

52 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 428. VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 192.

53 Cf. as Observações Gerais ns. 3 e 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU. Também: ABRAMOVICH; COURTIS, ob. cit., p. 31.

o que ora se sustenta, diversas das dimensões do direito ao trabalho. Esse plexo configura aquilo que Robert Alexy denomina de um “direito fundamental como um todo”, que reflete o conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie* adscriptas a um dispositivo de direito fundamental e relacionadas entre si<sup>54</sup>.

Essa noção de um feixe integrado de conteúdos e de posições jurídicas parcelares constitui um elemento essencial para a efetividade do direito ao trabalho. Pode-se falar de um certo grau de efetividade atual de alguns de seus aspectos parcelares. Pense-se, por exemplo, em diversos dos dispositivos decorrentes dos incisos do art. 7º da Constituição que desenvolvem normativamente aspectos da proteção constitucional ao trabalho, como o direito ao salário-mínimo (art. 7º, IV) e à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII); mas a falta de uma dogmática globalmente compreensiva do direito ao trabalho como um todo, referido no art. 6º, faz degradar-se a sua capacidade normativa própria, para além desses segmentos mais específicos expressamente positivados. Daí que, a par desse desenvolvimento segmentado do direito ao trabalho, é indispensável uma perspectiva de conjunto, para resgatar o seu sentido de integridade que ilumina setores ainda não desenvolvidos normativamente, mediante incidência direta, assim como contribui para melhor compreender aqueles aspectos parcelares. Bem assim, torna possível atentar-se para as relações de integração com diversos outros direitos fundamentais, como o direito à saúde, direito ao lazer, direito à locomoção, direito à alimentação ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>55</sup>. Como ressalta Galtung, a segmentação dos direitos, sem uma perspectiva de integração, invalida a realização das necessidades humanas a que eles se referem, pois estas não são passíveis desse fracionamento<sup>56</sup>.

Para melhor compreender, então, esse verdadeiro “megadireito”, sem perder-se de vista tanto o aspecto de integração quanto o aspecto de especificação, três diferentes perspectivas analíticas poderiam ser encetadas. Do ponto de vista estrutural, caberia diferenciar as dimensões objetiva e subjetiva do direito

---

54 ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 240-245. Também adotando essa mesma denominação e apontando para o direito ao trabalho como feixe de posições jurídicas que se abre estruturalmente em uma dimensão objetiva e subjetiva: GOMES, Fábio, ob. cit., p. 89-95.

55 Nesse sentido, Renata Dutra propugna por uma “releitura do rol de direitos fundamentais (...) vislumbrando (...) um complexo de direitos sociais relacionados à subjetividade dos trabalhadores, que viabilize a proteção da sua dignidade contra as novas formas de exploração engendradas pelo capital”. Na compreensão da autora, os direitos sociais relacionados ao trabalho transcendem direitos de retribuição e de manutenção da integridade física, envolvendo direitos de afirmação da identidade e de proteção da subjetividade no trabalho. DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 4, out./dez. 2012, São Paulo, Lex Magister, p. 256-287.

56 GALTUNG, Johan. *Direitos humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 154-155.



ao trabalho, o que envolve o tema dos sujeitos passivos vinculados<sup>57</sup>. Do ponto de vista dos seus titulares, pode-se distinguir uma dimensão individual de uma coletiva do direito ao trabalho, da qual podem ser destacadas a função limitadora e integradora do direito ao trabalho sobre o princípio de pleno emprego, a contenção e procedimentalização das dispensas coletivas e o direito a uma organização saudável do trabalho<sup>58</sup>. Já do ponto de vista do âmbito de conteúdo do direito ao trabalho, cumpre diferenciá-lo, desde logo, de outras figuras jurídicas afins, como o dever de trabalhar, a liberdade de profissão e o direito a trabalhar, que, embora muitas vezes amalgamadas nos textos legislativos, mantendo pontos de contato com o direito ao trabalho, constituem conceitos jurídicos distintos ou parcelares, ou mesmo manifestações rudimentares ao longo do seu desenvolvimento histórico, não se reduzindo o direito ao trabalho a qualquer delas. Essencialmente, o “direito de trabalhar” consiste em uma degradação do direito ao trabalho, correspondendo ao direito de competir no mercado de trabalho<sup>59</sup>.

Contudo, nos limites deste espaço, esses diversos aspectos não poderão ser desenvolvidos. Opta-se por salientar o aspecto que se considera o núcleo de sentido do direito ao trabalho, que é o que denominamos de direito ao conteúdo do próprio trabalho.

Para tanto, seria importante, primeiro, visualizarmos a figura formada pelo conjunto das diferentes posições jurídicas que podem ser adscriptas ao nosso direito fundamental. A imagem desse desenho poderia ser visualizada na forma de um cone semissubmerso, com três estágios, cada qual com um grau maior de amplitude e menor visibilidade:

A) *O direito ao trabalho no âmbito das relações de trabalho assalariadas*. Nesse setor, que corresponderia à parte mais estreita e visível do direito ao trabalho, além do direito ao conteúdo do próprio trabalho, adiante explicitado, podem ser identificadas diversas outras dimensões de conteúdo construídas doutrinária e jurisprudencialmente<sup>60</sup>. Dentre elas, ganha destaque o direito a um padrão jurídico fundamental de proteção ao trabalho; direito à proteção em face da despedida; o direito a uma organização saudável do trabalho; igualdade de tratamento nas oportunidades de trabalho; direito ao desenvolvimento profissional e de apropriação intelectual e econômica do produto do trabalho.

---

57 Ver, a respeito: WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho*, ob. cit., p. 239-247.

58 Sobre os conteúdos coletivos do direito trabalho, ver: WANDELLI, Leonardo Vieira. ob. cit., p. 258-288.

59 *Idem, ibidem*, p. 247-258.

60 Para uma ampliação do exame das dimensões parcelares do direito ao trabalho no âmbito das relações assalariadas, ver: WANDELLI, *O direito humano e fundamental ao trabalho*, ob. cit., p. 258-332.

B) *O direito ao trabalho nas formas não assalariadas de trabalho.* Nos termos do art. 6º da Constituição, qualquer pessoa com capacidade é titular do direito ao trabalho<sup>61</sup>. Isso implica que não se justifica relegar à mera contratualidade civil, alijando de todo o plexo normativo de proteção ao trabalho, parcela que hoje representa em torno de 20% da população ocupada<sup>62</sup>, sob formas não assalariadas de trabalhar. Isso inclui diversos dos direitos que o art. 7º assegura a todos os trabalhadores e que não sejam exclusivamente pertinentes à relação de emprego, tais como o direito a não ser discriminado na relação de trabalho, inclusive em matéria de remuneração, na contratação ou na terminação do contrato; o direito a uma contraprestação correspondente à satisfação de um conjunto básico de necessidades que demandem custo financeiro, quando se tratar de trabalhador autônomo economicamente dependente, o que pode ser traduzido na forma de um valor mínimo por hora trabalhada<sup>63</sup>; o direito à irredutibilidade da contraprestação pelo trabalho<sup>64</sup>; direitos previdenciários e de proteção à saúde no trabalho; direito ao meio ambiente do trabalho saudável; proteção em face da automação; direitos de organização sindical e negociação coletiva, entre outros. Em especial, isso implica o direito a que haja uma justificativa especial para a outorga de tratamento normativo diferenciado entre as diversas formas de trabalho, notadamente para a exclusão de direitos assegurados ao trabalho assalariado.

C) *O direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental.* Nessa dimensão, o direito ao trabalho assume criticamente a reivindicação de um direito anterior e para além de todas as formas tipicamente capitalistas de trabalhar e que surge a partir da experiência de negatividade experimentada com a expropriação e degradação do trabalho vivo. Nos dois primeiros níveis, antes mencionados, cuida-se de um direito ao trabalho que pressupõe a presença ou a possibilidade de formas de trabalho inerentes ao modo de produção atual. Já nesse terceiro nível, cuida-se de um direito à possibilidade de vida plena pelo trabalho não reduzido ao trabalho abstrato, o que, diante da forma social capitalista, implica uma interpelação, desde a dimensão radical do trabalho como necessidade humana, de toda a ordem societária vigente, impulsionando não só no sentido do contínuo aprimoramento de suas instituições, mas também de sua profunda transformação.

61 SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, ob. cit., p. 187 e 232; GOMES, ob. cit., p. 146-149.

62 No Brasil, segundo os dados da PNAD-IBGE, a proporção de trabalhadores por conta própria não vem aumentando, nos últimos 10 anos, experimentando inclusive pequena redução, mas mantendo-se acima dos 20% da população ocupada. Disponível em: <<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/protabl.asp?c=2268&z=pnad&o=3&i=P>>.

63 Nesse sentido: DELGADO, Gabriela. *Direito fundamental ao trabalho digno*, ob. cit., p. 229.

64 *Idem, ibidem, loc. cit.*

Em todas essas dimensões, o centro de sentido do direito ao trabalho está na compreensão de que aquele que trabalha tem, no trabalho, uma mediação essencial para realização das necessidades humanas e para a construção da identidade, estabilização da saúde, o aprendizado ético e político, a construção de vínculos de solidariedade. Por isso, o *trabalhar*, mesmo nas relações assalariadas, assim como nas formas não assalariadas de trabalho, não é só o desincumbir-se, pelo trabalhador, da obrigação assumida pelo contrato com aquele que contratou seu trabalho, mas é, ao mesmo tempo, nesse mesmo ato, o exercício de um direito fundamental cuja realização depende de condições que concernem ao conteúdo da atividade e da organização do trabalho, contrarrestando, juridicamente, o direito do empregador sobre essa mesma atividade e organização.

Daí que o ponto central da reconstrução do direito humano e fundamental ao trabalho está na compreensão do direito ao conteúdo do próprio trabalho.

### O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTEÚDO DO PRÓPRIO TRABALHO

Normalmente, o direito ao trabalho é visto mais como um direito à relação contratual de compra e venda da força de trabalho, na qual o trabalho ocorre – de onde derivam condições relevantíssimas ao trabalhador –, que propriamente um direito ao trabalho. O trabalho, em si, na sua tríade relacional subjetividade – relação consigo –, objetividade – relação com os instrumentos e o mundo – e intersubjetividade – relação com o outro –, que é a estrutura essencial do trabalhar, parece ter sido excluído do objeto desse direito fundamental que leva o seu nome.

O que se pode chamar de um direito ao trabalho digno não pode se reduzir a um posto de trabalho em que se assegurem mínimos de subsistência e se evitem as formas mais graves de degradação<sup>65</sup>. Muito além disso, aquele que trabalha tem um direito ao conteúdo do próprio trabalho em sentido concreto, o que *implica condições positivas e negativas da atividade, da organização e do ambiente de trabalho necessárias a que o trabalho possa gerar o melhor, em vez de gerar o pior*. Uma dimensão fundamental da existência humana, cuja negligência denuncia qualquer sistema jurídico.

---

65 Essa visão, em certo sentido minimalista de “trabalho digno”, substituído pelo “trabalho decente”, encontra-se expressa no parágrafo 7 da Observação Geral nº 18 do CDESCs da ONU, vez que o conteúdo do trabalho digno é visto apenas em termos de limites negativos de respeito à integridade física e mental e não do ponto de vista do interesse subjetivo positivo do trabalhador quanto ao conteúdo do seu trabalho, aspectos que, por sua vez, estão presentes na Convenção nº 122 da OIT: “7. El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un *trabajo digno*. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo”.

## DOCTRINA

Nós nos acostumamos a pensar que aquele que trabalha tem interesse apenas nas condições e benefícios econômicos que o trabalho propicia como contraprestação. Quando muito, nós reconhecemos que o trabalho não deve ferir a pessoa física ou moralmente, mas nós naturalizamos a ideia de que quem trabalha não tem interesse no próprio trabalho. Recebendo a contraprestação, na forma de salário e os demais benefícios e não sendo danificado pelo trabalho, o ato em si de trabalhar e a organização do trabalho interessam apenas ao empregador. É isso que consagra a noção de alteridade, ou de alienidade do proveito abrigada pelo direito do trabalho. Quem trabalha, trabalha para o outro, não para si mesmo. Diz Pontes de Miranda: “a alienidade do proveito, ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que A faz para si mesmo”<sup>66</sup>.

Com isso, nós apagamos o fato de que aquele que trabalha não só está se desincumbindo de uma obrigação de prestação que interessa ao empregador, mas, nesse mesmo ato de trabalho, no desempenhar a sua atividade que se insere na organização do trabalho, o trabalhador também está exercendo um direito fundamental, um direito que, como visto, é absolutamente essencial para a autorrealização, o desenvolvimento da personalidade, a conquista da identidade e da saúde, para a construção de vínculos de pertencimento e solidariedade, para o aprendizado ético e político. Tudo isso acontece no trabalho e depende das condições que aí se verifiquem. A precarização do trabalho assalariado, aprofundada sob o influxo neoliberal, não atinge apenas as condições de compra e venda da força de trabalho, mas as próprias condições existenciais; é a precarização do próprio ser genérico humano<sup>67</sup>. Daí que o direito ao conteúdo do próprio trabalho, juridicamente falando, contra-arresta e relativiza o direito do empregador sobre a atividade e a organização do trabalho.

Não se trata de anular o direito do empregador de organizar a produção, mas de resgatar a tensão que aí se estabelece entre os direitos de propriedade e de livre-iniciativa com o direito ao trabalho e os demais direitos a ele conexos. Quem trabalha não só trabalha para outrem, mas também trabalha para si mesmo, consigo mesmo e com outrem. Daí que se sustenta que o direito ao trabalho inclui, como sua dimensão central, que afeta a compreensão de todas as demais, o direito ao conteúdo do próprio trabalho: à *atividade* e às condições da *organização do trabalho*.

Essa percepção é radical, uma verdadeira Revolução Copernicana do direito do trabalho, para tomar de empréstimo a célebre expressão aplicada

---

66 *Apud* CHAVES Jr., José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. In: DELGADO, Gabriela et al. (Org.). *Dignidade humana e inclusão social*. São Paulo: LTr, 2010. p. 130.

67 ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho*. Bauru: Praxis, 2013. p. 86.

por Luiz Edson Fachin ao direito civil constitucionalizado. Isso porque obriga juridicamente a abrir-se o espaço da empresa, da organização do trabalho, dos métodos de gestão e da atividade individual e coletiva de trabalho, até então reservados ao arbítrio e à soberania absoluta do empregador. Se a atividade de trabalho e a organização de trabalho, na qual as pessoas que trabalham passam a maior parte do seu tempo de vigília, realizam, a par do interesse do empregador, também necessidades fundamentais protegidas pelo direito fundamental ao trabalho, recupera-se o espaço da organização do trabalho como espaço de cidadania.

Daí que, sendo o trabalhar não só o desincumbir-se de uma obrigação, mas também o exercício de um direito fundamental, o tempo e espaço humano do trabalhar, ainda que sujeito à conformação pelo empregador, não pode ser visto exclusivamente no interesse deste, sem conexão com as demais dimensões da vida do trabalhador e com a própria complexidade do trabalhar.

Aliás, não é no caráter negativo do trabalho sobre a corporalidade do trabalhador, no cerceamento decorrente da disponibilidade para o empregador, que se deveria fundar o conceito de duração do trabalho – o tempo de trabalho nunca deixa de ser tempo de vida do trabalhador –, mas a partir da integração da corporalidade no processo de produção material e imaterial, em seus diversos aspectos. A compreensão do tempo de trabalho como tempo à disposição do empregador ratifica a separação entre tempo de trabalho e tempo de vida, favorecendo a suspensão, durante o tempo de trabalho, do exercício do direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho. O tempo em que o empregado cumpre a sua obrigação de disponibilidade à organização produtiva deve também comportar a realização do direito fundamental ao trabalho. É um tempo de vida em que se dá a atividade laborativa, que interessa tanto ao empregador quanto ao trabalhador.

O direito ao conteúdo do próprio trabalho, assim concebido, é muito mais amplo e profundo que o direito à ocupação efetiva, consagrado no art. 4.2, *a*, do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, no sentido de dar trabalho e permitir sua execução normal<sup>68</sup>. Trata-se de uma ocupação qualificada, de modo que o trabalho seja capaz de permitir o desenvolver das capacidades humanas,

---

68 Para uma perspectiva restrita do direito à ocupação efetiva, ver: GUANCHE MARRERO, Alberto. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Madrid: Civitas, 1993; SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*, *ob. cit.*, p. 183-192; MONEREO PEREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *ob. cit.*, p. 328-329. Reconhecendo, na literatura nacional, a obrigação patronal de “dar trabalho ao empregado e a de possibilitar a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso”, ver: SÜSSEKIND, Arnaldo *et al. Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 256.

em termos de conteúdo significativo, potencialidade para o desenvolvimento das próprias capacidades e dons (art. 1º da Convenção nº 122 da OIT) e que diz respeito ao conteúdo da atividade de trabalho, bem como as condições da organização do trabalho para que seja possível reconhecer-se e ser reconhecido com a contribuição dada pelo trabalho bem feito o que se sintetiza em uma “ocupação plena e produtiva, em condições que garantam as liberdades políticas e econômicas fundamentais da pessoa humana” (art. 6º do PIDESC).

Conforme demonstram os estudos das ciências clínicas do trabalho, há diversos métodos gerenciais altamente em voga nas últimas décadas que degradam o trabalho como exercício de um direito fundamental<sup>69</sup>. Esses métodos, muitas vezes vistos como inocentes ou mesmo “modernos”, cortam o vínculo com o trabalho bem feito, ao centrarem a avaliação do trabalho apenas na *performance* em termos de resultados, eliminam as condições para o reconhecimento pelos pares do trabalho realizado, desmontam os mecanismos coletivos de construção de regras técnicas e éticas do ofício e degradam o tecido social e a solidariedade no interior da organização, ao promoverem a competição entre colegas, setores, filiais, ao inviabilizarem a construção de um sentido de pertencimento e a perspectiva de fazer parte da obra comum. Reside, nesses aspectos, boa parte de tudo aquilo que pode ser considerado fundamental para a pessoa humana no trabalho – a centralidade antropológica do trabalho – e que deve corresponder ao reconhecimento de seu caráter fundamental para a dignidade humana – a sua centralidade jurídica. Isso implica rever-se a própria compreensão do direito *do* trabalho como um todo, para além da regulação das condições de compra e venda da força de trabalho. O próprio trabalho – atividade e organização – deve vir compor o centro de um direito do trabalho.

A partir daí, cabe desenvolver limites negativos e conteúdos obrigatórios, extraídos dos elementos de fundamentação coligidos e das normas a eles referidos. É importante compreender que esses critérios relativos ao direito, conteúdo do próprio trabalho, não esgotam as exigências advindas de outros direitos e deveres juridicamente reconhecidos. Há inúmeros outros conteúdos que correspondem ao âmbito de proteção dos direitos à saúde, ao meio ambiente do trabalho, aos direitos de personalidade, ao direito de não discriminação, aos demais direitos fundamentais do trabalho e direitos previstos na legislação ordinária, e também aos outros setores do direito ao trabalho que não se inserem nessa expressão específica do direito ao conteúdo do próprio trabalho. Neste,

---

69 DEJOURS, Christophe; BÈGUE, Florence. *Suicide et travail: que faire?* Paris: PUF, 2009; SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 16 e ss. Para uma ampla interpretação dos impactos dos processos de transformação ideológica no mundo do trabalho sobre o direito do trabalho brasileiro, ver: RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

inserem-se deveres positivos e negativos da atividade e da organização do trabalho que poderiam ser assim distribuídos:

### *A) Limites negativos ao conteúdo do trabalho*

– Vedação de um conteúdo do trabalho com esvaziamento significativo, seja por ausência de tarefas, de utilidade das tarefas ou de total falta de controle sobre a própria atividade.

– Limites quanto à invariabilidade excessiva, ou excesso de fragmentação, sobrecarga ou extensão excessiva da jornada ou métodos de remuneração que induzam à autointensificação<sup>70</sup>.

– Limites aos métodos de gestão e organização do trabalho que bloqueiem a cooperação entre os trabalhadores (vertical e horizontal) e com usuários e clientes (transversal) assim como métodos que inviabilizem a dinâmica contribuição-reconhecimento, inclusive por promoverem a disputa competitiva no lugar da cooperação.

– Adequação dos limites à singularidade de cada trabalhador e ao contexto de trabalho.

### *B) Conteúdos obrigatórios da atividade e organização*

– Mecanismos, espaços e tempos, assim como condições de transparência, confiança e liberdade, para que haja cooperação e participação deliberativa na atividade deontica formal e informal de regulação do trabalho.

---

70 Recente decisão do TRT da 15ª Região reconheceu: “AÇÃO COLETIVA. INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CORTADOR DE CANA. PAGAMENTO POR PRODUÇÃO. PROIBIÇÃO. SINGULARIDADE DA ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. (...) 3. A proibição do pagamento por produção, no caso específico dos cortadores de cana, é medida impeditiva de retrocesso social. Como é sabido, nesse caso existe um estímulo financeiro capaz de levar o trabalhador aos seus limites físicos e mentais para que, mesmo assim, aufera salário mensal aviltante e incapaz de suprir as necessidades básicas próprias e as de sua família. 4. Não se deve concluir pela proibição do pagamento por produção para todas as profissões, mas tão somente para aquelas cujas peculiaridades as tornem penosas, degradantes e degenerativas do ser humano. É o caso dos cortadores de cana, embora não exclusivamente. 5. Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja; muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família. 6. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil, devem impedir a manutenção de uma situação que remonta aos abusos cometidos durante a 1ª Revolução Industrial, de modo que a coisificação do ser humano que trabalha nos canaviais é realidade que não se admite há muito tempo” (TRT 15ª Região, 6ª Turma, 11ª Câmara, Proc. 0001117-52.2011.5.15.0081, Rel. Des. Hélio Grasseli). Caberia refletir, à luz das ciências clínicas do trabalho, que a autointensificação gerada pelo pagamento por produção está associada às péssimas condições de trabalho, de modo que a intensificação resulta de uma resposta subjetiva de defesa frente à sobrecarga psíquica do trabalho.

## DOCTRINA

– Mecanismos adequados de reconhecimento material e simbólico da contribuição singular.

– Um grau razoável de autonomia e flexibilidade dos procedimentos laborativos.

– Conteúdo significativo e moral da atividade a realizar e das práticas organizacionais.

– Conhecimento do conteúdo do próprio trabalho individual e coletivo.

– Perspectivas de desenvolvimento profissional.

– Condições de continuidade e integração social e psicoafetiva em termos igualitários com o coletivo de trabalho.

Esses elementos somente aparecem como mediações essenciais para as necessidades das pessoas a partir da compreensão da própria função psíquica, moral e política do trabalho e dos mecanismos que são necessários para essa função. É certo que cada aspecto acima mencionado demandaria inúmeros esclarecimentos que aqui não se terá condições de desenvolver, tratando-se mais de descortinar uma primeira percepção desse aspecto central. Abre-se, aí, todo um campo para novas pesquisas e trabalho jurídico em cooperação<sup>71</sup>, mas a sua simples visualização já permite projetar um amplo espectro de efetividade possível do direito ao trabalho que se encontrava obscurecido, embora para esse ponto já apontassem diversos dispositivos normativos relativos ao direito ao trabalho, mas que precisavam ser compreendidos a partir de um esforço de fundamentação mais amplo.

## CONCLUSÃO

Em que pesem todas as limitações do campo jurídico, os três níveis do direito ao trabalho acima desenvolvidos articulam-se em uma recuperação reconstrutiva do sentido do trabalho como direito, na qual as categorias jurídicas ganham em capacidade de estar a serviço da reapropriação do trabalho pelos sujeitos concretos. No lugar da figura opaca e esmaecida de um direito sempre vindicado como essencial, mas pouco definido, surgem, agora, os contornos

---

71 Embora sem identificar o vínculo direto com o direito ao trabalho, Renata Dutra (*ob. cit.*, p. 280) sustenta que uma revisão da compreensão dos direitos sociais pode apontar para “o direito à afirmação da identidade pelo trabalho, o direito à manutenção da saúde mental, sem imposição de práticas estressantes ou assediadoras, a regulamentação do ritmo do trabalho dentro da jornada, o direito à desconexão do trabalho nos momentos de lazer, o direito ao estabelecimento de relações laborais saudáveis com colegas e gerentes, dentre outros que se apresentem como resposta às novas formas de ofensa à subjetividade daquele que trabalha frente aos excessos nocivos da organização produtiva”.



## DOCTRINA

muito mais nítidos de um verdadeiro “megadireito”, multidimensional, tendo no seu centro o direito ao conteúdo do próprio trabalho. Há muito o que fazer a este respeito e aqui apenas se indicaram alguns caminhos possíveis; mas cuida-se de dar cobro a que essa é uma tarefa da qual não estão alijados os profissionais do direito, inclusive no labor dogmático e no debate e julgamento de questões que chegam ao Judiciário. Em suma, trata-se de saber até que ponto se pode levar adiante e tomar seriamente a compreensão constitucional de que o fundamento maior do direito é a dignidade das pessoas frente às instituições, ao direito, ao mercado e não o inverso.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Laís. *Trabalho decente, igualdade de gênero e raça/etnia e desenvolvimento*. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/prgativ/prg\\_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf](http://www.oit.org.br/prgativ/prg_esp/genero/seminariofinal/26/Lais%20Abramo.pdf)>.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEMÃO, Ivan. *Desemprego e direito ao trabalho*. São Paulo: Esplanada; ADCOAS, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho*. Bauru: Praxis, 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad individualizada*. Madrid: Cátedra, 2001.
- BAYLOS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CHAVES Jr., José E. R. Justiça do trabalho, tutela penal e garantismo. In: DELGADO, Gabriela et al. (Org.). *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORTINA, Adela; CONILL, Jesús. Cambio en los valores del trabajo. *Sistema: Revista de Ciências Sociais*, n. 168-169, 2002, p. 3-15.
- DEJOURS, Christophe. *Travail vivant 1: sexualité et travail. Travail vivant 2: travail et émanipation*. Paris: Payot, 2009.
- \_\_\_\_\_; BÈGUE, Florence. *Suicide et travail: que faire?* Paris: PUF, 2009.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

## DOCTRINA

DUTRA, Renata Queiroz. Direitos fundamentais sociais à afirmação da identidade e à proteção da subjetividade no trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 78, n. 4, out./dez. 2012, São Paulo, Lex Magister.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: RT, 2011.

FONSECA, Maria Hemília. *O direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

GALTUNG, Johan. *Direitos humanos: uma nova perspectiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GIUBBONI, Stefano. *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*. Disponível em: <[http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni\\_n46-2006int.pdf](http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf)>.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho*. São Paulo: Conrad, 2003.

GUANCHE MARRERO, Alberto. *El derecho del trabajador a la ocupación efectiva*. Madrid: Civitas, 1993.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México, D.F.; Lima: UNAM; PUC-Peru, 2003.

HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1978.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz; MORA JIMÉNEZ, Henry. *Hacia una economía para la vida*. San José: DEI, 2005.

HONNETH, Axel. Trabalho e reconhecimento: tentativa de uma redefinição. *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 8, n. 1, jan./abr. 2008, p. 46-67.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

KURZ, Robert. O desfecho do masoquismo histórico – o capitalismo começa a libertar o homem do trabalho. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 20.07.97, Caderno Mais.

LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte Idal (Org.). *Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz; Paralelo 15, 2011.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

LUCAS, Javier de; AÑÓN ROIG, María José. Necesidades, razones, derechos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 7, 1990, p. 55-81.

MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo. In: MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, María

## DOCTRINA

Nieves (Dir.). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho. In: *Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 11-16 ago. Rio de Janeiro: Asgráfica, 1974.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. *Cadernos da AMATRA IV*, Porto Alegre, ano VI, n. 16, nov. 2011, p. 20-54.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2012.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

# A EC Nº 72 E AS TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL: O PARADIGMA CELETISTA E O PROBLEMA DA FIXAÇÃO E CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO

Luiz Felipe Monsores de Assumpção\*

## INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 72, conhecida como a “EC das Domésticas”, vem dando o que falar. Debates acirrados têm ocupado espaços no meio jurídico, jornalístico, associativo e governamental, sem poupar a sociedade de uma enxurrada de informações, por vezes conflitantes.

Mas isso, no entanto, era de se esperar.

Números recentes da OIT<sup>1</sup> demonstram que, no Brasil, há cerca de 7,2 milhões de trabalhadores domésticos. Por seu turno, a PNAD 2011 (IBGE) revela que aproximadamente dois milhões de trabalhadores domésticos laboram em mais de uma residência. Na outra ponta, o Censo 2010 (IBGE) mostrou que há em torno de 57 milhões de unidades domésticas no Brasil, as quais abrigam pouco mais de 60 milhões de famílias. A partir desses números, e de uma simples associação, envolvendo todas as famílias que ocupam um polo ou outro da relação de trabalho doméstico, chega-se ao quantitativo aproximado de 16,4 milhões de famílias brasileiras (27,3%) que ofertam e/ou usufruem de algum tipo de trabalho doméstico.

Esse número pode ser potencialmente maior, haja vista que, segundo a mesma PNAD 2011, cerca de 34 milhões de famílias são chefiadas por pessoas

---

\* Economista e bacharel em Direito; mestre em Direito e Sociologia (UFF); auditor fiscal do trabalho; professor do Centro Universitário Geraldo Di Biase.

1 Disponível em: <[http://www.ilo.org/travail/Whatsnew/WCMS\\_173363/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/travail/Whatsnew/WCMS_173363/lang--en/index.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2013.

que trabalham<sup>2</sup>, que aproximadamente sete milhões de domicílios são ocupados por pessoas que moram sozinhas e que os números da informalidade absoluta, no universo do trabalho doméstico brasileiro, ainda não são totalmente conhecidos<sup>3</sup>.

Por envolver parcela tão considerável da população brasileira, a temática do trabalho doméstico desperta, evidentemente, muito interesse, que certamente se ampliou, ainda mais, com o advento da alteração constitucional promovida pela EC nº 72.

Este ensaio tem o propósito de discutir o alcance da EC nº 72 nas relações de trabalho doméstico no Brasil, procurando examinar, num primeiro momento, em que medida a declaração dos novos direitos constitucionais invoca a mudança imediata nos contratos de trabalho doméstico, e se a CLT, como se popularizou afirmar, tornou-se o estatuto aplicável a essas relações de trabalho. Na sequência, far-se-á uma análise mais cuidadosa da adequação do paradigma celetista ao trabalho doméstico, para, ao final, testar a validade da aplicação não temperada da principiologia consagrada pelo direito do trabalho brasileiro, bem como dos próprios pressupostos dogmáticos da relação de emprego, no trato de uma das questões mais problemáticas dessa renovada relação de trabalho: a limitação da jornada.

### A QUE SE RESUME A “EMENDA CONSTITUCIONAL DAS DOMÉSTICAS”?

A EC nº 72 em boa hora veio agregar alguns direitos trabalhistas constitucionalizados à paleta de direitos dos empregados domésticos. Esses direitos, todos clausulados no art. 7º da CRFB, são: 1) garantia de salário nunca inferior ao mínimo, para os que recebem salário variável; 2) proteção do salário na forma da lei, constituindo crime a retenção dolosa; 3) duração do trabalho diário não superior a oito horas, salvo compensação de horários; 4) horas extras remuneradas com adicional de, no mínimo, 50% sobre a hora normal; 5) acesso às normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho; 6) reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho; 7) proibição de diferença salarial decorrente de discriminação; 8) proibição de trabalho insalubre, perigoso ou noturno aos menores de 18 anos, e de qualquer trabalho ao menor de 16, salvo na condição de aprendiz.

---

2 Admite-se que, nesse caso, a ampliação da renda dessas famílias estimularia a demanda por serviço doméstico, de modo a reduzir o custo de oportunidade de que incorrem seus “chefes”, ao exercerem dupla jornada: trabalho formal e afazeres domésticos.

3 Quanto a esse aspecto, uma das estimativas mais importantes vem do levantamento realizado pela OIT e pelo FNPETI (Disponível em: <<http://www.fnpeti.org.br/search?SearchableText=dom%C3%A9sticos>>. Acesso em: 19 jul. 2013), segundo o qual cerca de 250 mil crianças e adolescentes, entre 10 e 17 anos, laboram no âmbito doméstico.

Outros direitos, como indenização pela despedida arbitrária, seguro-desemprego, FGTS, adicional noturno, assistência aos filhos, até cinco anos, em creches e pré-escolas e auxílio-doença acidentário, não seriam, em tese, autoaplicáveis (pelo menos a maioria deles), eis que dependeriam de regulamentação ulterior, a qual deverá ser produzida visando à “(...) simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades”<sup>4</sup>. A despeito da importância e da relevância social desses direitos, afora os que se referem ao modelo indenizatório em caso de ruptura contratual, visto que tal modelo já existe, nenhum outro tem o condão de regular – de fato – a relação de trabalho doméstico<sup>5</sup>.

Quanto aos direitos que, em tese, não estão condicionados à regulamentação futura, pode-se afirmar que ao menos um deles não tem aplicação prática<sup>6</sup>. Outros dois são de difícil realização e iriam depender, em princípio, de novas mudanças na Constituição<sup>7</sup>. Três outros representam meras aplicações

4 Parágrafo único do art. 7º da CRFB, alterado pela EC nº 72.

5 Além da indenização, já mencionada, há também a questão da remuneração do trabalho noturno. Sobre essa questão, a despeito de se referir – de fato – à regulação do contrato de trabalho doméstico, há alguma controvérsia sobre sua autoaplicabilidade, levando-se em consideração o paradigma celetista. De todo modo, como mais adiante se verá, trata-se de um direito “não autônomo”, pois ele é consectário lógico da limitação da jornada, consagrado no inciso XIII do art. 7º da CRFB.

6 Garantia do salário-mínimo, ao menos, àqueles que recebem remuneração variável (inciso VII do art. 7º da CRFB). O salário variável que mereça tal proteção só poderia ser aquele dimensionado por unidade de obra ou peça, ou o chamado “salário misto”, típico dos tarefeiros (CATHARINO, 1951). Tais modalidades salariais são características do trabalho gerador de valor economicamente apreciável. Esse traço distintivo, como reza a lei, não configura o trabalho doméstico.

7 Trata-se da redução dos riscos ocupacionais no ambiente doméstico (inciso XXII do art. 7º da CRFB) e do reconhecimento dos instrumentos normativos (inciso XXVI). No primeiro caso, haveria não só a necessidade de se configurar normativamente à hipótese de acidente de trabalho como seria necessária uma adaptação improvável das Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde do Trabalhador, as quais são vinculadas à CLT. Demais disso, nesse particular, a configuração da periculosidade e insalubridade depende de circunstâncias fáticas que demandam inspeção no local de trabalho por parte dos Auditores Fiscais do Trabalho. Tal hipótese não figura entre as que mitigam a inviolabilidade do lar (art. 5º, inciso XI, da CRFB), e não há qualquer alternativa, entre as modalidades de inspeção fiscal, que substitua a verificação, *in loco*, das condições de segurança no ambiente de trabalho. Demais disso, sendo certo que a questão da segurança e saúde do trabalho é apenas um dos aspectos que ilustram o garantismo constitucional trabalhista, como forma de atenuar o desnível material entre os polos do conflito original capital *versus* trabalho, como se aplicar tal garantismo à relação de trabalho doméstica, uma vez que o dito conflito original não se materializa em sua plenitude ontológica? No segundo caso, haveria de se reconhecer como entidade de classe, dotada de personalidade de direito sindical, as associações de trabalhadores e empregadores domésticos. Atualmente, as representações de empregados domésticos têm caráter de associação genérica (embora algumas dessas associações ostentem a designação “sindicato”), não tem registro no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (CNES) e, portanto, não registram acordos ou convenções coletivas. Por outro lado, a que categoria econômica (CLT, art. 511) pertenceria o empregador doméstico? Se a estratificação categorial configura a estrutura tripódica do sistema sindical brasileiro (ao lado da unicidade sindical e da contribuição sindical compulsória), como se poderia conceber a existência de uma “categoria econômica” representativa

expressas e particularizadas de certos princípios fundamentais<sup>8</sup>. Por fim, um deles não tem existência autônoma, pois se trata de mero consectário lógico de outro direito<sup>9</sup>.

Desse modo, conclui-se que o único direito de primeiríssima ordem, que agora aproveita o trabalhador doméstico, por conta da EC nº 72, é o direito à limitação da jornada de trabalho (inciso XIII do art. 7º da CRFB). A proteção do trabalhador em relação à duração do trabalho foi, sem dúvida, a grande transformação imposta pela “Emenda Constitucional das Domésticas” à relação de trabalho no ambiente domiciliar, pois antes da emenda era a necessidade ou conveniência do patrão que ditava o limite da jornada do trabalhador doméstico brasileiro.

## A (DES)PROTEÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO E A (IN)ADEQUAÇÃO DA CLT

Havia, se é possível dizer, um “lado bom” disso tudo, que era o fato de que a “natureza contínua”<sup>10</sup> do trabalho doméstico, associada à ausência de um limite para a sua duração, contrastava com a habitualidade ou não eventualidade do trabalho do empregado celetista, que goza de um limite para a duração da jornada, a qual, por sua vez, é mensurada em unidades de tempo. Nesse caso, a única compartimentação possível do trabalho doméstico não se dava no âmbito

---

dos empregadores domésticos, uma vez que tal relação não reproduz uma relação de domínio do capital sobre o trabalho? A saída poderia ser o empoderamento das associações de empregados e empregadores domésticos, ao nível em que os sindicatos estão hoje; mas isso dependeria de outra emenda constitucional, a fim de se alterar o art. 8º da CRFB.

- 8 De fato, a proteção do salário contra a retenção dolosa (art. 7º, inciso X, da CRFB), e a proibição da discriminação salarial, e de critérios de admissão, em face da etnia, credo, estado civil, deficiência física, etc. (art. 7º, incisos XXX e XXXI, da CRFB) são aplicações particulares (e, diga-se, incompletas) do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da legalidade, etc.
- 9 É o caso do inciso XVI do art. 7º da CRFB (remuneração das horas extras), pois tal direito não passa de um consectário lógico da limitação da jornada de trabalho, este sim um direito de primeira ordem concedido aos trabalhadores domésticos pela EC nº 72. Algo parecido pode-se dizer do inciso XXVIII do art. 7º da CRFB, no que tange à proibição do trabalho insalubre, perigoso e noturno aos menores de 18 anos. O conceito de trabalho noturno só faz sentido em decorrência da compartimentação da jornada, que é um episódio do sistema de proteção do trabalhador quanto à duração do trabalho. Quanto à questão da menoridade, trata-se de um conceito que aproveita todos os trabalhadores, sendo certo que a condição insalubre ou perigosa de trabalho já foi apreciada em linhas anteriores.
- 10 Art. 1º da Lei nº 5.859/72. Um paralelo com o cálculo infinitesimal nos permite visualizar o tempo do trabalho doméstico como um *continuum*. Diz-se, portanto, que a variável tempo (*t*), neste caso, é uma “variável quantitativa contínua”, pois pode assumir qualquer valor (ponto) distado dos demais por um espaço infinitesimal, dentro de um determinado intervalo. Esse paralelo é bastante sedutor, visto que a “natureza contínua” do trabalho doméstico o transforma num ente indivisível a partir de “variáveis quantitativas discretas”, nesse caso, as horas do relógio ou os dias do calendário.

do sistema de controle da duração do trabalho, e sim no da obrigação salarial, notadamente no que tange à periodicidade. Daí se sustentar, com bastante propriedade, que o trabalhador doméstico era o único trabalhador mensalista, por definição legal.

O tal lado bom da história poderia, de fato, ser uma vantagem para o trabalhador doméstico. Basta imaginar que, de um lado, haja uma demanda monstruosa pelo trabalho doméstico (algo que é plausível, considerando as estatísticas mencionadas alhures), o que aumentaria o poder de barganha desses trabalhadores no momento da negociação de seus contratos. Poderiam, por exemplo, negar-se a trabalhar todos os dias, ou a dormir na residência do patrão, ou a realizar determinada tarefa específica. Poderiam estabelecer, inclusive, um limite inferior a oito horas diárias para a jornada de trabalho. Ainda assim, sendo mensalistas, receberiam o salário integral relativo ao mês de trabalho, e não proporcional às horas efetivamente trabalhadas.

Tal panorama permitiria supor que o trabalho doméstico pudesse ser limitado, em seus parâmetros de quantidade e qualidade, pelo próprio mercado de trabalho, dispensando, portanto, o sistema de proteção de caráter normativo.

Nada mais que a essência do pensamento liberal – a supremacia da liberdade do trabalho – o trabalho-mercadoria obedecendo à lei da oferta e demanda, algo que há muito se tenta impor, não sem algum refinamento (ideo)lógico, às relações de trabalho reguladas pela CLT, ou equiparadas. Em se tratando do trabalho doméstico, no entanto, a lógica liberal resultaria num paradoxo, pois é inconcebível que um trabalho que não agregue valor econômico, por não estar inserido num modelo de produção de bens e serviços (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2008), possa estar sujeito à mesma dinâmica da oferta e da demanda por mercadorias.

De todo modo, é certo que as estatísticas desmontam esse cenário hipotético. Se há cerca de 7,2 milhões de trabalhadores domésticos no Brasil, segundo a OIT, aproximadamente 70% desse montante atua sem um contrato formal de emprego. É o caso de se afirmar que o poder de barganha do trabalhador doméstico brasileiro, a despeito da valorização salarial que vem se observando nos últimos anos<sup>11</sup>, não foi capaz, sequer, de garantir o seu acesso aos direitos previstos na Lei nº 5.859/72. Diante de tal realidade, conclui-se que o trabalhador doméstico brasileiro não ostenta, sob esta perspectiva, qualquer poder de barganha.

---

11 Entre 2005 e 2011, segundo a PNAD (IBGE), o salário médio do trabalhador doméstico aumentou 53,7%. No mesmo período, a inflação medida pelo IPC (de maio a maio) foi inferior a 30%.



Mas o desnível de poder do trabalhador doméstico, em relação ao mercado potencial de empregadores domésticos, não é explicável à luz do conflito original capital x trabalho, justamente pela ausência do capital vivificado pelo trabalho. Em princípio, o trabalho alienado ao domicílio não gera riqueza, embora não concorde inteiramente que não possa gerar valor. Tal inadequação também se mostra pela forma com que alguns juristas, dentre eles Delgado (2007), enxergam a relação de trabalho, a partir de seus atores: empregado e empregador, este adjetivado na CLT como “empresa”. Nesse sentido, a relação de trabalho é assimétrica, porque se trata de uma relação jurídica entre um indivíduo e um ente coletivo – a empresa –, forma pela qual o capital se expressa.

No âmbito doméstico, não há dúvida, a relação de trabalho é interpessoal. Em sendo correto o que afirma Gomes (2002), que a relação de trabalho é, fundamentalmente, uma relação pessoal, tal característica, no âmbito doméstico, é bem mais acentuada.

Essa interpessoalidade ou, noutros termos, pessoalidade biunívoca, é um dos principais registros que distinguem o trabalhador doméstico do tipo ideal de trabalhador representado na (ou pela) CLT. A relação de trabalho estabelecida no âmbito familiar é materializada entre indivíduos, e este não é bem o tipo de relação que em termos teleológicos caracteriza a CLT. Nesses termos, aliás, convém lembrar que a CLT se tornou o monumento que (ainda) é, porque em determinado momento era o que havia de mais próximo de um estatuto de cidadania. Uma representação de cidadania do tipo regulada (W. SANTOS, 1979), centrada no trabalho, é bem verdade, mas que objetivava mediar a questão social que, até então, era totalmente ignorada pelo paradigma liberal clássico.

Uma concessão do capitalismo, pode ser. A institucionalização das lutas dos trabalhadores<sup>12</sup>, sem dúvida. Mas é inegável que o vetor emancipatório (B. SANTOS, 2003) presente na CLT se direciona para o trabalhador da fábrica, ou, mais adequadamente, da empresa, em sua acepção moderna<sup>13</sup>. Isso fica evidente no art. 7º do Estatuto do Obreiro, o qual exclui uma série de relações de trabalho do âmbito de sua proteção, entre as quais a doméstica.

É claro que a reorientação do Estado brasileiro no sentido de se constituir em Estado social, do que se tem, como evidência saliente, a constitucionalização dos direitos trabalhistas, forçou a expansão do universo de relações de trabalho protegidas pelo paradigma da Norma Consolidada. Essa expansão

---

12 Cf. VIANA, 2001. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/16b5b307-cf65-4d07-9152-8e0ae72f3df1>>. Acesso em: 28 abr. 2012.

13 Conforme a denominada Teoria da Empresa: “(...) atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Novo Código Civil, art. 966, *caput*).

rompeu os limites da racionalidade histórica da CLT em, pelo menos, três aspectos. O primeiro, no que tange à caracterização do empregador como “a empresa”. Nesse sentido, tratou-se de mitigar a ênfase depositada sobre a atividade empresária, deslocando-a para o poder empregatício (PORTO, 2009). O segundo, no que tange ao âmbito dos setores econômicos, em particular o setor primário, negligenciado pela CLT. O terceiro, no que se refere às configurações da subordinação jurídica, verdadeiro carro-chefe entre os requisitos fundamentais da relação de emprego, através da apropriação de certas formas *sui generis* (GOMES; GOTTSCHALK, 2002).

Esse movimento de realização do garantismo laboral (SILVA, 2011) pós-CLT parece ilustrar bem a pretensão de universalidade do direito do trabalho (VIANNA, 2005)<sup>14</sup>, cujas regras de proteção alcançaram as relações de trabalho estabelecidas no meio rural, no âmbito não corporativo, além dos chamados trabalhadores avulsos. Não se pode afirmar, contudo, que o paradigma celetista os tenha assimilado como resultado automático da constitucionalização dos direitos trabalhistas, reproduzido na atuação jurisdicional, mas pela ação de uma heteronormatividade esparsa.

Houve por bem se fazer o mesmo com o trabalho doméstico, o que, de fato, ocorreu com o advento da Lei nº 5.859/72. Pela primeira vez o trabalho doméstico havia sido verdadeiramente regulamentado no Brasil<sup>15</sup>. No entanto, diferentemente dos trabalhadores rurais, também excluídos da CLT, e até mesmo dos trabalhadores avulsos, que sequer constituem exemplos de relação de emprego *stricto sensu*<sup>16</sup>, os direitos conferidos aos trabalhadores domésticos foram poucos, se comparados aos que aproveitam o trabalhador celetista. Essa discriminação foi mantida no plano constitucional, até a edição da EC nº 72.

Mas é bom atentar, como assinala Ivan Alemão<sup>17</sup>, que a modificação constitucional trazida pela EC nº 72 não teria provocado a assimilação automática da relação de trabalho doméstico pela CLT.

Sob o aspecto material, pode-se argumentar que, como já se afirmou alhures, o tipo ideal de trabalhador destinatário da CLT é distinto daquele que exerce seu trabalho no âmbito doméstico. Os “trabalhadores em ação”, segundo expressão de Segadas Vianna, usada para designar a luta dos trabalhadores por

---

14 In: SÜSSEKIND *et al.* *Instituições de direito do trabalho*, 2005.

15 De acordo com a corrente doutrinária que afirma que o Decreto-Lei nº 3.078/1941 jamais entrou em vigor, em razão de não ter sido regulamentado, conforme previa o art. 15 da citada norma.

16 Conforme art. 1º da Lei nº 12.023/09.

17 Disponível em: <<http://ivanalemaouff.blogspot.com.br/p/a-pec-das-domesticas-algunsdas-domesti.html>>.

direitos e dignidade, foram fundamentais para a criação de um código trabalhista no Brasil. Apesar de seu reverso – a transformação do sistema de produção capitalista em “norma fundamental” (VIANA, 2001) –, a CLT institucionalizou uma dinâmica emancipatória que emerge da base do sistema de produção de riquezas, proclamando a dignificação do trabalho, e rompendo com a tradição da *locatio conductio operarum*, que moldava formalmente as relações de trabalho características da fase pueril do capitalismo industrial brasileiro.

Interessa observar que poucos anos antes da CLT, em 1941, foi editado o Decreto-Lei nº 3.078, que tratava da “locação dos empregados em serviço doméstico”. O que poderia representar um importante marco regulatório das relações de trabalho doméstico no Brasil, tornou-se a evidência do quão distintos eram os universos da fábrica e da casa.

A CLT, de fato, sugere momentos em que o contrato de trabalho se transforma num pacto de fidelidade com o patrão. O próprio instituto da justa causa parece confirmar essa tese, exatamente por representar o desfecho radical da “traição da confiança”, do rompimento “imperdoável” do dever de obediência e fidelidade “para com a pessoa e o empreendimento do empregador” (CANDÉMIL, 2007), da destruição do “suporte psicológico e moral da relação de emprego” (RUSSOMANO, 1993). Trata-se, sem dúvida, de reminiscência da ótica institucionalista da relação de emprego. No entanto, mesmo a doutrina clássica tratava a questão da fidedignidade entre empregado e empregador como uma expressão do princípio geral da boa-fé (MARANHÃO, 2001; RODRIGUEZ, 2002). Nada mais de acordo com a perspectiva contratualista da relação de trabalho, e adequado, portanto, à superação de uma relação baseada em sujeição, para outra que se sustenta na noção de subordinação jurídica.

Mas o citado Decreto-Lei nº 3.078/1941, a despeito de ter sido editado na década de ouro da consolidação e generalização do direito do trabalho no Brasil, ficou longe de exorcizar a tradição servil que sempre caracterizou as relações de trabalho entre aqueles que cuidam dos arranjos da casa, e seus respectivos patrões<sup>18</sup>.

De início, vê-se que o objetivo da norma é regular a “locação dos empregados em serviço doméstico”, sinalizando que a prestação de serviços no âmbito domiciliar estaria inserida no contexto dos contratos regidos pelo direito civil (arts. 1.216 a 1.236 do Código Civil de 1916), embora a norma previsse a anotação da Carteira de Trabalho do empregado, e o pagamento de “salário”.

---

18 Ver artigo *Mucamas, Criadas ou Domésticas*, de Ricardo Corrêa Peixoto. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/mucamas-criadas-ou-domesticas.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

Ainda quanto a esse aspecto, a despeito de o Decreto-Lei nº 3.078/1941 ser anterior à CLT, a regulação por ele proporcionada ao trabalho doméstico já podia ser considerada um retrocesso, vez que a interpretação autêntica do que seja um “contrato de trabalho” era conhecida desde 1935, através da Lei nº 62.

A norma não previa qualquer indenização pela terminação unilateral do contrato de locação de serviços domésticos. O direito se resumia apenas aos salários vencidos. A exceção ficava por conta da hipótese de não ter sido dado aviso-prévio da rescisão contratual, ocasião em que se pagaria à parte lesada o equivalente a oito dias de salário, importância esta que podia, por parte do patrão, ser descontada dos salários vencidos do trabalhador.

A questão da violabilidade do lar não passou despercebida pelo Decreto-Lei nº 3.078/1941. Ela fica estampada logo que se lê o rol de exigências para que o trabalhador doméstico obtivesse a Carteira de Trabalho, para o fim de registrar o contrato de locação de serviços domésticos. Entre as exigências, há o atestado de boa conduta, passado por autoridade policial. Aliás, a própria CTPS do trabalhador doméstico deveria ser expedida pelo serviço de identificação policial dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O art. 7º da citada norma elenca os assim denominados “deveres do empregado”. Em muitos aspectos esse rol de deveres do trabalhador doméstico se assemelha a um código de ética, ou um manual de boas maneiras, tendo em vista a ênfase dada ao respeito, à obediência (não só ao empregador, mas a todas as pessoas de sua família e outras que transitoriamente estejam na casa), à honestidade, à polidez e à diligência. No fim, há ainda o indecifrável dever de “zelar pelos interesses do empregador”.

Indecifrável, é o caso de dizer, pois não se trata de interesses corporativos, mas pessoais. Atentar contra os interesses da empresa pode representar uma falta grave, se cometida pelo empregado. Esta hipótese está bem representada nas alíneas *c* e *g* do art. 482 da CLT<sup>19</sup>. No entanto, se pelo viés contratualista tais atos de infidelidade com o negócio exercido pela empresa parecem atentatórios à boa-fé, pois fragilizam os empreendimentos do empregador em sua luta para dar conta da “inexorável lei da concorrência” (MORAES, 1986, p. 9), as afrontas cometidas pelo trabalhador podem soar como ingratidão pelo acolhimento à instituição-empresa; um irretratável desatino; a máscara que cai, revelando uma identidade diversa daquela que, comungada com o grupo de trabalhadores, traduz-se como uma sensação coletiva de pertencimento.

---

19 Negociação habitual, ou concorrencial com o empregador e divulgação de segredo da empresa.

## DOCTRINA

A família, de fato, não é uma empresa. Cabe aqui, então, olhar para a relação de trabalho doméstico sob a ótica contratual. Trata-se de uma instituição nuclear, é bem verdade, mas ainda assim uma instituição, que impõe àqueles que a servem um dever de obediência, diligência e fidelidade. Nesse sentido, pretendendo que o trabalhador doméstico zele pelos interesses do empregador-família, é preciso, antes, permitir-lhe conhecer tais interesses. Mas dar a sabê-los é algo que exige intimidade; e intimidade demanda uma confiança diversa da que inspira o bom trabalhador, mais extremada, quase uma confidencialidade.

Vê-se que a representação do trabalhador doméstico forjada pelo Decreto-Lei de 1941 é bem diferente daquela consagrada pela CLT, apenas dois anos depois. A dignidade que emerge do texto consolidado é a do trabalho, como fator de produção, e também do trabalhador – o “homem concreto e socializado” (RADBRUCH *apud* PIMENTA, 1954) –, como membro de uma classe definida por alienar um tipo específico de trabalho, aquele que anima o capital, e que agrega valor às coisas que se originam dessa conjunção. Mesmo coisificado, o trabalho é um valor em si. Um valor superlativado, na verdade, se considerarmos o trabalho humano, como sustenta Polanyi (2000), indissociável da figura do trabalhador.

Mas o Decreto-Lei nº 3.078/1941 é paradoxal ao retratar o trabalhador doméstico. Ao mesmo tempo em que seu trabalho é alocável, e como tal dissociado da figura da pessoa do trabalhador, visto que dele o locador pode fazer o uso que melhor lhe aprouver, ele é pessoalíssimo, em razão do nível de confiança pressuposto dos deveres do trabalhador doméstico em relação ao patrão. Mesmo a Lei nº 5.859/72, apesar de romper com a concepção locatícia do contrato de serviços domésticos, e de ter agregado alguns dos direitos que aproveitam os trabalhadores celetistas, manteve, com a ilimitação da jornada, a ideia de que do trabalho do empregado doméstico o empregador tem plena disponibilidade.

O processo emancipatório do trabalhador brasileiro, que teve no advento da CLT um divisor de águas, é estranho ao trabalhador doméstico. Enquanto que a dinâmica de dignificação do trabalho pressupôs o reconhecimento de que não se poderia percebê-lo apenas em sua expressão extrínseca, sem reconhecer no trabalhador um titular de dignidade, o processo de emancipação do trabalhador doméstico não pôde contar com a valorização do trabalho sequer como fator de produção. Por outro lado, o mal de origem do trabalho doméstico no Brasil – a escravidão – parece ter fincado espeques com mais profundidade do que se imagina, a ponto de se lhe atribuir o “estigma [social] da desvalorização” (MELO, 1998) como consequência não apenas do caráter senhorial, mas da

internalização social do lugar da mulher<sup>20</sup> – o espaço doméstico –, no qual ela exerce o dever natural de “servir aos outros, maridos e filhos”, sem qualquer remuneração.

O estigma social mencionado por Hildete Pereira de Melo resultaria, portanto, da evidência de que várias formas de discriminação coexistem, tais como a herança escravista, a “generização” (*genderization*) do trabalho doméstico, a associação intrínseca com a baixa qualificação e a ausência de expectativas, a demanda por mão de obra que retroalimenta os bolsões de pobreza, além do baixo retorno social e econômico do trabalho doméstico, em razão da elevada taxa de informalidade. Todos esses problemas formam um quadro que é muito difícil de reverter, considerando apenas a ampliação dos parâmetros salariais e o acesso a novos direitos.

Embora se refira às representações da preceptora na literatura inglesa no século XIX, Monteiro (2000) descreve a condição de agregada/segregada das preceptoras e governantas que, sem muito esforço, poderia ser adaptada ao perfil dos empregados domésticos brasileiros. O patrão (ou patroa), sua família, os amigos da família e seus convivas, todos, enfim, “pertencem” à casa, e nessa condição expandem o perímetro de domínio sobre o trabalhador doméstico. Domínio<sup>21</sup> parece ser a expressão que melhor retrata a relação de sujeição do empregado doméstico ao comando da casa. Sujeição, aliás, de caráter pessoal e social, bem distinta, portanto, da subordinação jurídica que caracteriza a relação de emprego protegida pela CLT.

A autora ainda recoloca a questão aparentemente contraditória, insinuada linhas atrás, de que o desvalor do trabalho no âmbito doméstico parece fora de lugar, considerando que a sociedade não prescinde de algum tipo de prestação de serviço domiciliar. Mais uma vez, adaptando o registro de Elizabeth Sewell<sup>22</sup>, o desprezo pelo trabalho da empregada doméstica é consequência da “posição social que o mundo a coloca” e, ao mesmo tempo, da “posição social em que ela se coloca” (MONTEIRO, 2000, p. 25).

Em estudo realizado pelo IPEA em 2011, objetivando diagnosticar a situação dos trabalhadores domésticos no Brasil, ficou evidente que pelo menos três questões dificultam a melhoria das condições de vida desses profissionais: 1) a ausência da ação coercitiva estatal, representada pela Inspeção do Trabalho; 2) a presença de laços pessoais no ambiente de trabalho; 3) o surgimento de

---

20 O trabalho doméstico, ainda hoje, é reconhecido como um trabalho tipicamente feminino, pois menos de 10% dos trabalhadores domésticos brasileiros são homens.

21 Do latim *dominus* (senhor) e *domus* (casa).

22 No artigo intitulado *Governesses in Families*, publicado em 1865.

novas formas deste trabalho, a exemplo das “diaristas”, que atuam à margem da proteção da Lei nº 5.859/72 (PINHEIRO; FONTOURA; PEDROSA, 2011, p. 4).

Mas nem todos concordam em atribuir à inaptidão (material) do paradigma celetista a suposta condição naturalmente precária do trabalhador doméstico brasileiro.

Jurema Brites, por exemplo, duvida que as desigualdades que o trabalho doméstico engendra, demarcadas pela noção de “mundo tradicional”, se expliquem, em tempos de modernidade, à luz da dicotomia público-mercado/privado-família. Para a autora, as novas tecnologias promoveram a redistribuição de papéis entre homens e mulheres, mesmo no âmbito familiar, de modo que o patriarcalismo não poderia responder, nos tempos atuais, pelo quadro de injustiças normalmente associado à condição de vida do trabalhador doméstico (BRITES, 2004, p. 3). Mesmo a alardeada precariedade inerente à situação dos trabalhadores domésticos brasileiros não escapa à crítica da autora. Para ela, chega-se a tal conclusão partindo do pressuposto falacioso de que não existe dignidade do trabalho fora do paradigma fabril, e que a consciência de classe só se formaria, imediata e inexoravelmente, através da inserção ideal do trabalhador no mercado de trabalho, através de um vínculo formal tipicamente capitalista (BRITES, 2004, p. 3).

Talvez seja precipitado afirmar que o sentido de ascensão social do trabalhador doméstico não passe, necessariamente, pelo ingresso no mercado de trabalho<sup>23</sup>, mas o que Jurema Brites propõe é que a submissão contida no trabalho doméstico se explica, tão só, pela dependência econômica; muito mais que pela origem patriarcal da sociedade moderna, e pela divisão sexual do trabalho que dela decorre.

A análise da (in)adequação da CLT ao trabalho doméstico, sob o aspecto formal, também possui suas complexidades.

Como já se afirmou, a única regulação autoaplicável advinda com a EC nº 72, no âmbito da relação de trabalho doméstico, se deu no tocante à limitação da jornada. Dessa forma, se algo da CLT fosse automaticamente assimilável, seriam os institutos presentes no Capítulo II do Direito Tutelar do Trabalho: Da Duração do Trabalho.

Ocorre que a própria CRFB, nos incisos IX, XIII e XVI do art. 7º, reúne quatro dos elementos considerados estratégicos de todo o sistema de proteção do trabalhador, no que se refere à duração do trabalho. Esses elementos são: a

---

23 Aqui a expressão “mercado de trabalho” é citada para evidenciar a oposição com o trabalho doméstico, considerado um trabalho fora do mercado.

limitação da jornada, propriamente dita, os institutos da prorrogação da jornada e compensação de horários, respectivamente, além do trabalho noturno. Desse modo, apenas com o conteúdo dos dispositivos constitucionais já seria possível praticar a fixação e a ampliação ou redução da jornada de trabalho, através do mecanismo da compensação de horários, e da prorrogação da jornada legal ou contratual, com o pagamento de horas extras, acrescidas do adicional de, no mínimo, 50%.

No entanto, ainda que se considerem autoaplicáveis tais dispositivos, é a CLT que define o que vem a ser “horário noturno”, a hora reduzida e o adicional correspondente. No que tange às hipóteses de elastecimento da duração do trabalho, também é a CLT que fixa o limite permitido para compensação de horários e a prorrogação da jornada. Sendo assim, seria lícito cogitar a aplicação da CLT como regulamento da duração do trabalho, ao menos nesses itens.

Decerto que a CLT, além de outras normas que preexistiam à CRFB/88 puderam ser utilizadas (recepcionadas) como regulamentos, pretensamente provisórios, de certos direitos constituídos no art. 7º da Constituição Cidadã. Pode-se citar o caso do inciso I, que trata da indenização pela dispensa imotivada do empregado, no qual o modelo indenizatório do art. 478 da CLT combinado com o do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foram reconhecidos como aqueles que deveriam ser aplicados ao caso concreto, até que outro modelo viesse a substituí-los<sup>24</sup>. Outra situação que, até bem pouco tempo, também podia ser citada como um precedente, é o inciso XXI do mesmo artigo constitucional, que trata do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Também aqui os dispositivos insertos nos arts. 487 a 491 da CLT foram assimilados como o regulamento desse novo direito, a despeito de constituir norma bem anterior à CRFB/88. Logicamente, isso também poderia ocorrer com a limitação da prorrogação da jornada de trabalho, da compensação de horários, e com a definição do período considerado como horário noturno.

No entanto, isso não é tão simples assim.

De início, frisa-se que o Capítulo II da CLT, “Da Duração do Trabalho”, contém certos dispositivos inaplicáveis ao trabalho doméstico, justamente por se tratar de um ofício alheado do “sistema econômico”<sup>25</sup>. É o caso, por exemplo, das hipóteses que excepcionam a proteção do trabalhador, frente às demandas inadiáveis da empresa (art. 61), ou quando suas atribuições são as de gestor do negócio (art. 62).

---

24 Cf. ADCT, art. 10. Ver também Süsskind, em seu *Direito Constitucional do Trabalho* (1999).

25 No sentido de “formas de organização econômica com os quais o homem procura satisfazer suas necessidades materiais” (LOUCKS; WHITNEY, 1981).



## DOCTRINA

Em termos teleológicos, poder-se-ia excluir, também, a hipótese do “banco de horas” (art. 59, §§ 2º e 3º, da CLT), uma vez que se trata de uma ferramenta destinada a dar conta dos reflexos, na produção, da sazonalidade da demanda por certos produtos<sup>26</sup>.

Situação curiosa é a dos intervalos intra e extrajornada. Não há referência a eles na CRFB/88, o que significa afirmar que se trata de direitos não apenas regulamentados, mas verdadeiramente criados por norma infraconstitucional. Nesse caso, a tese do aproveitamento da CLT como norma reguladora de direito insculpido da CRFB não seria suficiente para justificar a adoção da CLT como paradigma normativo, nesse particular.

É bem verdade que o Capítulo II da CLT encerra um sistema vital de proteção do trabalhador, no que tange à duração do trabalho, dotado de caráter imperativo e cogente. A questão da duração do trabalho é, de fato, um atributo importantíssimo para a Inspeção do Trabalho, sobretudo quando associado à fiscalização das condições de segurança e saúde do trabalhador; por outro lado, as reclamações em torno de horas extras praticadas e não pagas, e de intervalos intrajornada não gozados (o que também implica em trabalho extraordinário), ocupam mais de 1/4 das demandas trabalhistas na Justiça do Trabalho.

Desde 1905, em seu *Apontamentos de Direito Operário*, Evaristo de Moraes já afirmava a necessidade de se implementar um sistema normativo que admitisse e legalizasse, até as maiores minuciosidades, o contrato de trabalho, fixando as três condições fundamentais: o salário, a duração do trabalho e a qualidade do trabalho. Especificamente quanto à duração da jornada de trabalho, o autor afirmava que a sua limitação era condição essencial para tornar distinguível o trabalho nas fábricas daquilo que poderia ser considerado uma nova modalidade de escravidão, pois “o tempo pelo qual ele [o trabalhador] empenha seu esforço lhe é imposto pelas circunstâncias; e o capitalismo devorador não abandona a presa enquanto tem a sugar uns restos de sangue e de músculo! (...)” (MORAES, 1986, p. 10).

Como uma condição de extremado valor, a limitação da duração do trabalho está sujeita à vigilância da Inspeção do Trabalho, sendo certo que o art. 75 da CLT é um dos raros exemplos de fixação *ex lege* da multa administrativa. No entanto, considerando as relações de trabalho doméstico, de nada serve a atribuição de uma penalidade administrativa, se a Inspeção do Trabalho no Brasil sofre restrições constitucionais aparentemente intransponíveis, notadamente

---

26 Conferir em Flávio Obino Filho (*Manual do contrato por prazo determinado e banco de horas*. Porto Alegre: Senac, 1998).

quanto ao acesso forçado ao domicílio das pessoas, como condição essencial para a formação da convicção da conduta infratora. Materialmente, toda a estrutura protetiva regulada no Capítulo II da CLT, se aplicável ao trabalho doméstico, seria comparável, com ligeira adaptação, ao que os penalistas chamam de norma penal em branco; uma série de crimes sem pena, uma violação clara ao princípio da determinação legal, não por serem, as normas, estruturalmente incompletas, mas pela impossibilidade de realização fática da punição, decorrente de restrição (*checking*) imposta pelo próprio sistema jurídico.

Por fim, não bastassem os problemas de adequação do sistema celetista de proteção do trabalhador, quanto à duração do trabalho, seja pela incoerência das hipóteses legais, seja pela inaptidão teleológica, ou pela mitigação do princípio da determinação legal, há a evidente questão da exclusão, pura e simples, do trabalhador doméstico, como destinatário da proteção celetista (art. 7º). Nesse caso, nem mesmo os precedentes já citados, referentes à utilização da norma consolidada como uma regulação *ex ante* de direitos constituídos, poderão servir como argumento para a assimilação do trabalhador doméstico ao paradigma normativo genérico representado pela CLT, a despeito do caráter *self executing* dos dispositivos constitucionais trabalhistas.

Reprisa-se, portanto, a concordância com a observação do Professor Ivan Alemão, quanto à inaplicabilidade automática da CLT aos trabalhadores domésticos, incluindo o fato de que, se este fosse o objetivo, não seria necessária uma PEC, mas tão somente uma alteração do próprio texto consolidado. A Emenda Constitucional, no entanto, tem um simbolismo indistigável, pois sinaliza a inclusão dos trabalhadores domésticos ao rol de promissários constitucionais de dignidade nas relações de trabalho.

### O TRABALHO DOMÉSTICO E AS RELAÇÕES DE PODER

De fato, parece evidente a inadequação da CLT às relações de trabalho doméstico. Essa inadequação se mostra formalmente pela exclusão do trabalhador doméstico do rol de obreiros assalariados abrangidos pela Consolidação. Mas a questão formal é a ponta do *iceberg*, pois o direito do trabalho que emerge institucionalizado na CLT pressupõe uma hipossuficiência que aproveita qualquer um que ocupe a posição de empregado, num dado contrato de trabalho. Decerto que há a questão da “dependência” do trabalhador (CLT, art. 3º), mas a doutrina trabalhista brasileira, ao longo dos tempos, resolveu limitar o alcance dessa “dependência” à situação de sujeição hierárquica (OLIVEIRA, 2012, p. 98), em vez de interpretá-la como tendo natureza essencialmente econômica. Hierarquia no ambiente de trabalho, por seu turno, pressupõe uma estratifi-

cação funcional organizativa, o “elemento essencial da vida organizacional” (SIQUEIRA, 2012), que, no âmbito corporativo, tem a função de estabelecer as relações de ascendência e subalternidade, sem criar, necessariamente, nichos de exclusão<sup>27</sup>. Decerto que há hierarquia no âmbito doméstico, e muita, mas ela não é de natureza corporativa, como se espera que ocorra na fábrica, mas social.

Mesmo que se considere ampliar o sentido de subordinação para além da sujeição hierárquica, seja por reconhecer que o reducionismo de seu significado derivou de uma sinédoque que se naturalizou com o tempo<sup>28</sup> (PORTO, 2009), seja porque a estruturação social capitalista impede que o trabalhador seja o titular do resultado do seu labor (OLIVEIRA, 2012, p. 99), o fato é que o trabalhador doméstico não se sujeita hierarquicamente ao patrão por obra e graça do poder empregatício, isto é, por se situar no lugar contratual de subordinado, numa relação de trabalho específica, mas no lugar social de submissão. Não se trata apenas de subordinação, nem mesmo de subalternidade hierárquica, mas de superioridade do patrão sobre o empregado, reafirmada na medida em que lhe concede a dádiva de ocupar os “espaços residuais” de sua casa (BRITES, 2004, p. 8).

Com isso se volta ao tipo de direito do trabalho brasileiro emoldurado pela CLT, e sua adequação para regular as relações de trabalho no âmbito doméstico. No lugar da boa-fé contratual, tem-se a intimidade e os laços de confiança. Em vez da subordinação jurídica, tem-se a hierarquização social. No lugar da pessoalidade unívoca (em relação ao empregado), tem-se a pessoalidade biunívoca<sup>29</sup>. Em vez do assalariamento clássico, um tipo exótico de onerosidade baseado não apenas do pagamento de salários, mas também na “transferência de patrimônio” do patrão para o empregado (BRITES, 2004, p. 5). Em lugar do direito de resistência, tem-se um contrapoder que advém da dependência recíproca entre patrões e empregados domésticos, evidência saliente da ambiguidade que caracteriza o trabalho prestado no ambiente doméstico, “na medida em que a casa é o *locus* por excelência da vida íntima” (BRITES, 2004, p. 11).

Há, de fato, um poder exercido pelo trabalhador doméstico, que não deriva do direito de resistência, este sim, um traço distintivo e estruturante do direito do trabalho.

---

27 Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/usos-da-hierarquia-no-trabalho-em-equipe/61282/>>.

28 O conceito de subordinação teria sido identificado com o conteúdo de uma de suas espécies concretas (p. 44).

29 Sugerida pela própria CLT, como exceção à regra ao caráter *intuitu personae* em relação ao empregado, observado no art. 483, § 2º.

## DOUTRINA

É inegável que o direito do trabalho consolidado no Brasil, mesmo que se lhe conteste o caráter protetivo do trabalhador (ROMITA, 2001), acaba por empoderá-lo, na medida inversa do quanto de liberdade se extrai das partes contratuais. A tutela estatal sobre as relações de trabalho sugere a limitação da autonomia volitivo-contratual, tanto de empregados quanto de empregadores. Ao fazê-lo, produz-se uma repercussão mais aguda sobre a conduta do polo mais forte, conduzindo a execução do contrato de trabalho para um equilíbrio em certa medida aceitável. A justificação ontológica do direito do trabalho se escora no axioma da exploração do trabalho pelo capital, sem o quê não se poderia falar de modo de produção capitalista.

Portanto, negligenciar a insustentável liberdade de empregados e empregadores é o dispêndio necessário para a realização do equilíbrio de forças no interior do contrato de trabalho. O empoderamento do trabalhador brasileiro não advém, de regra, do *locus* ocupado no contexto da relação de trabalho, mas de uma reserva exterior, formada a partir de um estatuto declaratório de direitos, e da institucionalização de aparatos estatais restitutivos e repressivos.

Decerto que a “EC das Domésticas” representa um vetor de aperfeiçoamento do acanhado estatuto de direitos que, até então, vigorava, mas não parece correto afirmar que tal estatuto seja capaz de produzir o empoderamento exógeno do empregado doméstico, sobretudo se considerarmos que, no âmbito dessas relações de trabalho, o “tripé” institucional para a proteção e garantia dos direitos trabalhistas (PIRES, 2009), formado pela Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Inspeção do Trabalho, é coxo, na verdade.

Já se viu que a ligação entre empregado e empregador doméstico possui natureza de submissão, tendo em vista a evidente relação de dependência econômica.

Mas essa submissão seria, de certa forma, consentida, pois não apenas nutre expectativas de obtenção de vantagens monetárias como também compõe um sistema de comunicação entre patrões e empregados domésticos.

Daí se poder dizer que no contrato de trabalho doméstico há bem mais que sinalagma, há reciprocidade. Se, de um lado, a dependência econômica garante a fidelidade do empregado, de outro, a presença cotidiana do empregado na casa, junto à família, compartilhando de sua intimidade, garante o acesso a um grande número de informações sobre seus empregadores. Confiança retroalimentada pelo zelo quanto aos “interesses do empregador”, e pela subserviência que o faz merecedor de certas “dádivas”, o empregado doméstico, não raras vezes, conquista uma espécie de estabilidade no universo social da casa. Trata-se, a

toda evidência, de um poder não negligenciável, e que, por vezes, provoca no patrão/patroa uma sensação de impotência (BRITES, 2004, p. 13).

É plausível se falar, portanto, de uma relação de dependência mútua, principalmente diante das estatísticas já apresentadas, em torno do número de famílias sustentadas por mulheres, ou formadas por pessoas que moram sozinhas, ou em que os “chefes de família” trabalham, em contraposição àquelas que dispõem do serviço doméstico por mera comodidade. Acresça-se a isso o fato de que, no Brasil, há cerca de 23,5 milhões de pessoas idosas<sup>30</sup> (com mais de 60 anos), e que em tese precisam de atenção, sendo que menos de 1% vive fora do convívio familiar<sup>31</sup>.

Observa-se que o poder exercido no interior da relação de trabalho doméstico não se expressa subjetivamente através de meras projeções do trabalho e do capital, como ocorre nas relações de trabalho “convencionais”; por outro lado, é sugestivo acompanhar a visão de Jurema Brites, no que se refere ao anacronismo da figura da autoridade senhorial como a base da submissão do empregado doméstico em relação ao seu patrão/patroa. Mas uma coisa há de se reconhecer: essas relações de poder se constroem e se consolidam no interior dessa metamorfósica relação de trabalho, de forma autônoma por seus próprios atores, e são elas que darão conformidade ao contrato de trabalho.

### TRABALHO DOMÉSTICO E LITIGIOSIDADE

Não se deve justificar o descumprimento das leis trabalhistas pela via da informalidade das relações de trabalho. No âmbito doméstico, como já foi mencionado, esse fenômeno é assustador. Contudo, é pouco plausível que isso se deva somente ao estado de necessidade daquele que se oferece ao trabalho doméstico, pelo desconhecimento da lei, ou por conta do limitado aparato de coação institucional.

Números promissores podem vir do cruzamento das estatísticas de informalidade do trabalho doméstico, do número de processos trabalhistas envolvendo demandas domésticas, e o número total de empregados domésticos no país.

---

30 Números da PNAD/IBGE, de 2011.

31 Comunicado IPEA nº 93, de 24.05.2011. Segundo a Associação dos Cuidadores de Idosos de Minas Gerais, estima-se que haja, no Brasil, cerca de 200 mil cuidadores de idosos em atividade. Tal estatística ensejou a criação do Projeto de Lei nº 284/2011, que propõe regulamentar a profissão.

## DOCTRINA

Segundo dados do IBGE<sup>32</sup>, 63,9% é o percentual médio de trabalhadores domésticos laborando no Brasil sem carteira assinada. Como já mencionado, a OIT tem números recentes (2013) que apontam para algo em torno de 70% de informalidade do trabalho doméstico no Brasil. Percentual parecido, 69,9%, foi obtido em pesquisa realizada pelo IPEA, para o ano de 2009. Para aumentar a margem de segurança da análise, fiquemos, então, com os números mais modestos.

Entre 2002 e 2011, o número médio anual de trabalhadores domésticos no país ficou em 5.923.000, sendo que, tomando os números do IBGE, algo em torno de 3,8 milhões desses trabalhadores laboraram, anualmente, sem carteira assinada.

Segundo as estatísticas do TST, entre 2001 e 2011, foi autuada uma média anual de 2.560.024 processos trabalhistas no Brasil, sendo que destes, aproximadamente 2,55% (pouco mais de 65 mil) se referem a demandas domésticas.

Considerando apenas a quantidade média de trabalhadores domésticos sem carteira assinada, os quais, por razões óbvias, teriam altíssima propensão para ingressar com ações na justiça, apenas 1,7% desse contingente propôs, de fato, alguma ação trabalhista na Justiça do Trabalho. Levando-se em conta a média anual do número total de trabalhadores domésticos brasileiros, esse percentual cai para 1,1%.

Por outro lado, se entre os trabalhadores domésticos sem carteira assinada estiverem as “diaristas”, e assumindo que elas, de fato, não se reconhecem como empregadas domésticas trabalhando na informalidade, tem-se que, em 2009, esse número beirava 2,1 milhões de trabalhadores (29,3%), segundo números do IPEA. Para 2011, a PNAD calculou algo em torno de 30% de diaristas, considerando a totalidade de trabalhadores domésticos, o que resultaria em aproximadamente 2 milhões de pessoas.

Com base na PNAD 2011, havia no Brasil cerca de 6,65 milhões de trabalhadores domésticos. Considerando que 30% desses são diaristas, sobram 4,65 milhões de trabalhadores que estariam inseridos na configuração clássica do empregado doméstico. Destes, aproximadamente 3 milhões não teriam carteira assinada (informalidade absoluta).

O TST divulgou que, em 2011, foram autuados nas varas do trabalho 3.069.489 processos, sendo que 1,4% (menos de 43 mil) se referem a ações propostas por trabalhadores domésticos. Comparando-se o total de ações tra-

---

32 PME, 2003 e 2009. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoe-rendimento/pme\\_nova/princ\\_carac\\_trab\\_dom.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoe-rendimento/pme_nova/princ_carac_trab_dom.pdf)>.

balhistas manejadas em 2011, com o número de trabalhadores domésticos que, no mesmo ano, laboraram em situação de informalidade absoluta, tem-se que apenas 1,43% desse total se dispôs a “brigar na justiça”.

Decerto que esse dado não é totalmente preciso, pois as estatísticas sobre o nível de informalidade do trabalho doméstico levam em consideração, obviamente, apenas os trabalhadores em atividade, enquanto que os trabalhadores que ingressam com ações trabalhistas o fazem, de modo geral, depois que perdem seus empregos. Como não há estatísticas sobre a rotatividade no “mercado de trabalho doméstico”, fica apenas a ponderação de que a informalidade absoluta é o pior cenário possível para um trabalhador, e não haveria, em tese, maior estímulo à medida judicial. Isso sem mencionar o fato de que se trata de uma “usurpação de direitos” permanente, que se protraí no tempo, renovando cotidianamente a pretensão do trabalhador em buscar seus direitos. Mesmo assim, a conclusão de que menos de 2% dos trabalhadores domésticos estão dispostos a acionar o patrão, ainda que esse universo seja totalmente formado por trabalhadores à margem da formalidade, é por demais saliente para que seja descartada, ao menos como uma tendência.

Fixando a análise em 2011<sup>33</sup>, tome-se o exemplo da indústria, que nesse ano empregava formalmente 8.116.805 trabalhadores. No mesmo ano, esse setor da economia produziu pouco mais de 770 mil processos trabalhistas (9,5%). Levando-se em conta que as demandas trabalhistas são promovidas, de regra, por trabalhadores já desligados, e que após a terminação contratual o ex-empregado poderá ingressar com ação judicial nos dois anos subsequentes, é possível se chegar a outro número, bastando considerar que o grupo mais propenso a processar seus empregadores é composto pelo total de trabalhadores desligados, nos anos de 2009 e 2010 (6.633.150). Nessa hipótese, considerando o volume de trabalhadores que possuam a maior propensão para a demanda judicial (os desligados entre os anos de 2009 e 2010) e que a tenham confirmado em 2011, tem-se que 11,7% desse contingente processou o patrão.

Usando-se o mesmo critério para o comércio, chega-se aos percentuais de 4%, considerando o total de empregados em 2011, e 4,7%, considerando o número de empregados dispensados entre 2009 e 2010. No setor de serviços, 3,9% e 5,1%, respectivamente.

Pode-se especular que o baixo número de demandas judiciais envolvendo empregados domésticos se deva à dificuldade de acesso à Justiça e à informação,

---

33 Ano em que se tem as mais recentes estatísticas sobre demandas trabalhistas. No âmbito do trabalho doméstico, são desse ano a última PNAD/IBGE.

## DOCTRINA

à baixa escolaridade dos trabalhadores, etc. Porém, se assim fosse, o mesmo fenômeno deveria ser observado no meio rural, mas isso, de fato, não ocorre, pois no setor agropecuário, considerando os mesmos critérios anteriores, tem-se que 8,9% e/ou 5,6% das relações de trabalho produziram demandas judiciais em 2011, sendo que o contingente de trabalhadores rurais, segundo dados da RAIS/CAGED/MTE para 2011, foi quase cinco vezes menor que o total de trabalhadores domésticos.

Trata-se do quarto maior contingente de trabalhadores do Brasil, e o de maior informalidade, mas as relações de trabalho no âmbito doméstico produzem um dos menores índices de litigiosidade do país. É bem plausível que tal característica se deva ao fato de que as conformações contratuais, consensualmente ajustadas, revestem-se de notável legitimidade, produzindo um efeito compromissário que propede as relações de trabalho doméstico na direção da durabilidade, e do esvaziamento do *animus* de litigar em juízo. Noutros termos, seja o que for que ajustem, empregado e empregador doméstico se vinculam aos pactos formulados no interior dessa relação de trabalho, mesmo quando desprovida de qualquer proteção jurídica.

### O PRECEDENTE DAS MICROEMPRESAS PARA UMA HETERONORMATIVIDADE NÃO ISONÔMICA

Não resta dúvida de que a EC nº 72 é importante, justamente por igualar, no plano constitucional, os trabalhadores domésticos aos demais trabalhadores. Decerto que parte dos novos direitos enunciados exigirá regulamentação, e é possível que nesse processo alguns desses direitos, mormente aqueles que dependam de agentes operadores estatais (FGTS, Seguro-Desemprego, PIS, etc.) não sejam materialmente tratados com isonomia. Isso, aliás, já está insinuado no próprio texto do parágrafo único do art. 7º, quando enuncia que a simplificação das obrigações tributárias, e as peculiaridades da relação de trabalho (doméstico) nortearão a regulamentação de alguns dos incisos desse artigo.

No Brasil, embora não seja incomum que a normatização heterônoma confira tratamento não isonômico às relações de trabalho, tais ocorrências normalmente se aderem aos traços distintivos de certas estratificações sociojurídicas, como gênero e faixa etária. Às vezes essas distinções se referem a condições diferenciadas de trabalho (CLT, Título III, Capítulo I), ou a tipos especiais de contratos de trabalho, em regra provisórios, como seria o caso dos aprendizes e dos contratados a prazo certo, pela Lei nº 9.601/98. À exceção destes, tais diferenciações quase nunca representam supressão de direitos.



## DOCTRINA

No entanto, é menos frequente que o tratamento diferenciado leve em consideração aspectos intrínsecos da relação de trabalho, e mesmo determinada categorização genérica de empregado/empregador, que não esteja atrelada a alguma atividade econômica/profissional específica. Talvez porque, em sendo o caso, o tratamento não isonômico reflita, de fato, no nível de proteção garantida tanto pela CLT quanto pela Constituição.

Ilustra uma dessas hipóteses a situação das microempresas e empresas de pequeno porte, que gozam de certas prerrogativas previstas na LC nº 123/06, algumas delas relacionadas às obrigações de gestão da duração do trabalho e do descanso anual (férias).

Não se trata, propriamente, de redução de direitos dos trabalhadores, mas da eliminação de certas obrigações patronais, previstas na CLT, que visam à proteção do obreiro, por supostamente dificultar o descumprimento da legislação trabalhista. Tais prerrogativas se estendem, inclusive, para a própria ação coativa estatal, estabelecendo o que a norma chama de “fiscalização orientadora”, espécie de critério excepcional de dupla visita.

Nesse caso, a distinção privilegiada pela norma aproveita todo um estrato de relações de trabalho, diferenciado pelo *locus* econômico ocupado pelo empregador (CRFB, art. 146). Ao fazê-lo, a norma infere que as relações de trabalho, no âmbito desse estrato, possuem baixa complexidade, o que dispensaria parte da tutela estatal.

De fato, a LC nº 123/06 é um precedente importante, pois atenua certas obrigações do empregador, no que se refere a um dos mais sensíveis atributos do contrato de trabalho: a fixação e o controle da duração da jornada. Não bastasse, ainda cria uma espécie de barreira à ação fiscalizadora estatal, impondo à Inspeção do Trabalho um perfil mais pedagógico. Por fim, a LC nº 123/06 ainda estimula, claramente, o uso de meios coexistenciais ou parajurisdicionais de solução de conflitos, exortando expressamente a conciliação prévia, a mediação e a arbitragem.

O conjunto de dispositivos “simplificadores” das relações de trabalho, no âmbito das microempresas e empresas de pequeno porte, reflete um tipo de vínculo entre patrão e empregado sujeito a pouca intermediação. Uma relação com um nível de pessoalidade bastante elevado, que possibilita a construção de ajustes consensuais cotidianos, com toques de improviso “extralegal” (SERSON, 1995), facilitados pela relativa contingencialidade que distingue o microempreendedor de seu empregado. É o caso de se afirmar que a citada LC, por via transversa, estabelece um nível mais brando de proteção do trabalhador, pois parte dessa proteção é dirigida ao microempresário.

## DOCTRINA

O objetivo da LC nº 123/06 não é outro, senão promover o empreendedorismo no país, inspirando a promessa de que, com o estímulo certo, todos podem ser, um dia, donos do seu próprio negócio. Mas tal promessa envolve alguns “custos”, sendo um deles o absenteísmo do próprio Estado, no que tange ao papel de fiscalizar as relações de trabalho nesse âmbito, o que, em tese, repercutiria no nível de proteção do empregado.

Certo ou errado, o fato é que a norma sugere que a simplicidade que se presume de uma relação de trabalho, por seu reduzido profissionalismo e fragilidade econômica do empregador, possa mitigar a ação interventiva do Estado, sem alijar o empregado do sistema de garantias trabalhistas. O exemplo que se colhe da LC nº 123/06 é a experiência de que, mesmo sem desconstruir o conflito original capital *versus* trabalho, por vezes se aventura, no Brasil, a abrandar a proteção heteronormativa do trabalhador, quando o pressuposto fático é o desvanecimento do sistema hierárquico, ou da hipossuficiência relativa entre patrão e empregado. Não há nada que distinga, formalmente, o empregado das microempresas dos demais, mas as excepcionalidades trazidas pela LC nº 123/06 reduzem o perímetro de proteção estatal, na medida em que amplia potencialmente, ainda que de forma sutil, a autonomia das partes, no que tange à gestão do contrato de trabalho<sup>34</sup>.

De certa forma, a Lei nº 5.859/72 parte do mesmo pressuposto: que a relação de trabalho doméstico possui certas peculiaridades que, a despeito da dependência econômica, reconfiguram substancialmente a hipossuficiência do trabalhador frente ao patrão. O problema, que a EC nº 72 veio a sanear, era, justamente, a falta do estofamento constitucional para alguns direitos, em especial a limitação da jornada, sem o quê fica difícil conceber a dignidade como um atributo inerente à pessoa trabalhadora.

### O CARÁTER COMPROMISSÁRIO DOS CONTRATOS DE TRABALHO DOMÉSTICO: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA JORNADA

No caso das microempresas, a lei promoveu uma redução do nível de intervenção estatal nas relações de trabalho, através da dispensa de certas obrigações acessórias e da contenção da Inspeção do Trabalho. Creditou-se, tal exceção, a supostas características intrínsecas das relações de trabalho

---

34 Na verdade, não apenas a contingencialidade das posições contratuais pode mitigar a intervenção do Estado nas relações de trabalho, mas a similitude de papéis, no que tange ao exercício do poder empregatício, ou o nível de submissão a este poder (CLT, art. 62). Verifica-se, mais uma vez, a relação inversa entre autonomia e proteção.

estabelecidas entre microempresários e seus empregados, entre estas a contingencialidade das posições contratuais. A despeito da inclusão promovida pela EC nº 72, cogita-se que o mesmo possa ocorrer no âmbito doméstico, e de forma até mais aguda, pois em virtude de toda a sustentação já esposada, a relação de trabalho doméstico se credencia a ilustrar uma nova perspectiva de tutela jurídica, dogmaticamente reinventada, que sem dispensar o estofamento constitucional comum aos demais trabalhadores, se estruture em novas bases normativas e referências jurisprudenciais.

Viu-se que a CLT é inaplicável ao trabalhador doméstico, não apenas em decorrência da sua exclusão expressa, mas por conta da inadequação mesma dessa relação de trabalho à configuração contratual prevista no texto consolidado.

Decerto que algumas referências da CLT, sobretudo quanto à tutela da duração do trabalho, poderiam ser proficuamente aproveitadas. Seria o caso dos critérios de prorrogação da jornada e compensação de horários, dos intervalos e horário noturno. No entanto, evidencia-se que os dispositivos que tratam da fixação e controle da jornada de trabalho não têm qualquer proveito, no âmbito doméstico.

Veem-se muitos “especialistas”, até mesmo em horário nobre da televisão, sugerir mecanismos de controle da jornada do trabalhador doméstico que mal se aproveitam nas atividades empresariais de pequeno porte, e que a própria lei exclui das microempresas. Tendo em vista o alcance imediato da EC nº 72 à jornada do trabalhador doméstico, torna-se premente definir como se deve fazer o controle dessa jornada, de modo a garantir a limitação do tempo de trabalho. Porém, como adaptar à realidade ambígua do trabalho no ambiente doméstico o conceito genérico de “tempo à disposição do empregador”, previsto no art. 4º da CLT? Há quem fale até em sobreaviso, instituto que tem aplicação restrita a algumas categorias, que quando não dispõem de regulação extravagante<sup>35</sup>, são diferenciadas dentro da própria CLT<sup>36</sup>!

Olhando a jurisprudência trabalhista, mesmo ressaltando a transição forçada pelo advento do SREP<sup>37</sup>, nota-se que na apreciação dos pedidos de horas

---

35 Como é o caso dos Aeronautas (Lei nº 7.183/84) e dos Petroleiros (Lei nº 5.811/72).

36 Serviço ferroviário (CLT, art. 244, § 2º).

37 Sistema de Registro Eletrônico de Ponto, criado pela Portaria nº 1.510/09 do Ministério do Trabalho e Emprego, cujo objetivo foi padronizar os sistemas de controle eletrônico da jornada de trabalho. O SREP estabelece critérios rígidos para os equipamentos e para os *softwares*. Além da pretensão de incorruptibilidade interna do sistema, o SREP permite que o próprio trabalhador faça o acompanhamento, em tempo real, das anotações de entrada, saída e intervalos da jornada de trabalho. Esse sistema pretensamente indevassável visa garantir maior verossimilhança ao sistema de controle da jornada, possibilitando que a atual jurisprudência do TST acerca do tema seja revista (Súmula nº 338).

extras, a prova documental normalmente sucumbe aos depoimentos pessoais e oitiva testemunhal. Isso se o próprio magistrado, de ofício, não presumir verídicas as alegações do trabalhador, quando a empresa, sendo obrigada a manter controle de ponto, não se desincumbir de juntá-los aos autos, ou não inverter o ônus da prova, quando tais controles apresentarem evidências de inidoneidade. Entre tais evidências, considera-se expressamente o chamado “ponto britânico” (Súmula nº 338, III, do TST), muito comum nos casos em que o próprio trabalhador consigna, manualmente, os seus horários de entrada, saída e intervalos. Hajam vistas as características do “trabalho em casa de família”, este será o caso, certamente, da grande maioria dos trabalhadores domésticos.

Ora, se no âmbito empresarial, no qual o controle da jornada de trabalho atende não apenas ao imperativo da limitação do tempo do trabalho, mas também à redução dos riscos de acidentes e doenças ocupacionais, da probabilidade de avarias nos equipamentos, dos custos com horas extraordinárias e à maximização da produtividade, a “gestão ideal” da jornada de trabalho é uma realidade bem menos que episódica – tanto que a jurisprudência consolidada é extremamente desvantajosa para os empregadores –; o que dizer, então, da “gestão” da jornada de trabalho no âmbito doméstico?

Caso se aplique o atual entendimento jurisprudencial aos pedidos de horas extras, na hipótese de trabalho doméstico, não haverá prova sólida o bastante, em favor do empregador, que garanta um contraditório aceitável (*probatio diabolica*), sendo certo que tanto o contraditório quanto a ampla defesa são garantias constitucionais de todo demandante (CFRB, art. 5º, inciso LV). Isso sem falar no aumento das ações trabalhistas, motivadas em grande medida, como afirma José Pastore<sup>38</sup>, pelo pedido de pagamento de horas extras.

Porém, se os argumentos até agora expostos são realmente válidos, a saída para o problema da duração do trabalho doméstico surge estranhamente óbvia, pois talvez não haja, de fato, qualquer necessidade em manter rígido controle da jornada do trabalhador doméstico.

É de todo evidente que os contratos de trabalho doméstico são executados segundo regras produzidas internamente, mediante consensos que, dado o alto grau de legitimidade, parecem advir de processos negociais conduzidos segundo interesses moralmente aceitáveis. A despeito da sujeição à pessoa do empregador, do que se supõe uma relação conflituosa por princípio, a já identificada relação de interdependência entre patrão e empregado doméstico propicia condi-

---

38 Em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, em 27.03.2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1253050-aco-es-trabalhistas-devem-aumentar-com-lei-das-domesticas-diz-especialista.shtml>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

ções para que, na maioria dos casos, as partes consigam atender às expectativas recíprocas de comportamento, e logrem construir um compromisso de trabalho baseado em concessões mútuas, materializado em um processo espontâneo e intuitivo que remete ao agir comunicativo habermasiano (HABERMAS, 1987). Nesse sentido, um direito do trabalho baseado na desqualificação da autonomia individual parece não dar conta desse tipo de relação sociojurídica.

Convém, no entanto, fazer uma ressalva, pois há, de fato, uma questão fundamental, que diz respeito à própria configuração da relação de emprego. Apesar de a EC nº 72 não ter revogado a Lei nº 5.859/72 e, obviamente, toda a construção jurisprudencial que se refere aos critérios de reconhecimento da relação empregatícia doméstica, seria oportuna a criação, como já se propõe<sup>39</sup>, de uma lei que regulasse o trabalho doméstico não contínuo (diarista). Se assim for, abrir-se-ia um caminho seguro para que o paradigma celetista da não eventualidade (ou habitualidade) se aplique, residualmente, ao trabalhador doméstico, mesmo que a Lei nº 5.859/72 não seja alterada, bastando que a jurisprudência se consolide nessa direção.

Em outro sentido, tendo sido regulada a atividade da “diarista”, o próximo passo seria propor um regramento específico para o trabalho doméstico, inserido, ou não, na própria CLT, na hipótese de alteração do art. 7º. Nesse caso, o regulamento especial poderia estar previsto no Título III, que trata das normas especiais de tutela do trabalho, tal como foi feito, recentemente, com o trabalho rodoviário.

Não há dúvida, porém, que a questão da jornada de trabalho mereceria um tratamento especial. Um tratamento que, em certo sentido, iria de encontro aos paradigmas dogmáticos do direito do trabalho e, por consequência, da jurisprudência consolidada.

Apostando na insegurança jurídica que decorre da impossibilidade de administrar, de forma eficaz, a jornada de trabalho do empregado doméstico, associada à dificuldade de subsunção do que venha a ser considerado “tempo à disposição do empregador”, seria o caso de ponderar a aplicação do princípio da indisponibilidade dos direitos (RODRIGUEZ, 2002), acatando como válidos os ajustes que envolvam a conjugação de salário e jornada, notadamente o que a doutrina clássica chama de retribuição *a forfait* (CATHARINO, 1997; NASCIMENTO, 1968; SÜSSEKIND, 2005).

Um salário fixado *a forfait* é aquele que se destina a cobrir as horas extraordinárias, juntamente com o salário ordinário (GOTTSCHALK *apud*

---

39 Ver PLC nº 7.279/2010.

NASCIMENTO, 1968). A retribuição *a forfait* também é mencionada por Catharino (1997), que a define como uma rubrica salarial fixa, cujo propósito é remunerar os serviços extraordinários. Ocorre que tal modalidade de salário, mais conhecido entre nós por sua denominação italiana: *complessivo*, é atualmente rejeitada pela jurisprudência consolidada no TST (Súmula nº 91).

Amauri Mascaro Nascimento descreveu com precisão a controvérsia que, ainda na década de 50 do século passado, girava em torno do salário *complessivo*. Àquela altura, apesar de o STF ter admitido sua contratação, vários eram os Tribunais Regionais do Trabalho que o inadmitiam, ao menos sem ajuste expresso. O argumento atual é que o salário *complessivo* impede que o trabalhador tenha noção do que, de fato, está recebendo como salário. No entanto, a própria Justiça do Trabalho vem admitindo o salário *complessivo*, quando ajustado através de negociação coletiva<sup>40</sup>. Logicamente, a razão para que a jurisprudência se insinue em aceitar o ajuste coletivo do salário *complessivo* não é, apenas, o reconhecimento constitucional dos instrumentos normativos, mas a mitigação da hipossuficiência atribuída ao trabalhador, no plano do direito coletivo do trabalho.

De todo modo, tanto Nascimento quanto Catharino sustentaram em suas obras duas qualidades e/ou exigências para a validade da retribuição *a forfait*: a) a estabilidade da rubrica; b) a necessidade de ajuste expresso. Sússekind (2005) ainda acrescentaria um terceiro critério, que em se tratando de horas extras, fosse pago ao trabalhador o número máximo diário permitido em lei. No primeiro caso, tem-se que a parcela *complessiva* se adere ao ordenado do trabalhador, independentemente de ele ter executado serviços extraordinários. No segundo, que tal ajuste não é passível de presunção, pois, nesse caso, a preferência é pelo pagamento da quantidade de horas extras efetivamente praticadas. No terceiro, que a parcela *a forfait* seja equivalente a duas horas extras diárias.

Tudo a favor do entendimento jurisprudencial, acerca do salário *complessivo*. Contudo, no caso específico do trabalho doméstico, a comutatividade dos ajustes contratuais é um requisito que tende a se realizar faticamente, de modo que a retribuição *a forfait*, consignada em cláusula contratual, dificilmente deixaria de reproduzir a intenção livre e consciente dos contratantes. A rubrica *complessiva*, recomendada neste caso, também tem virtudes de cunho utilitarista, pois pouparia empregado e empregador da demanda judicial, sempre custosa de tempo e dinheiro, e que muitas vezes resulta num acordo induzido ao aceite, nem sempre contemplando, com justiça, o valor do bem da vida.

---

40 Cf. TST RR 115500-98.2003.5.17.0006.

Pode-se imaginar, contudo, uma cláusula de retribuição *a forfait* – apenas para as horas extraordinárias eventualmente praticadas – sujeita à revisão negociada e, até mesmo, à denúncia por qualquer das partes. No caso da ausência de ajuste, ou da denúncia da cláusula da rubrica compressiva, prevalecerá a regra da quantificação e quitação do trabalho extraordinário. No caso de ajuste, seria ônus do trabalhador demonstrar em juízo sua insuficiência em face das reais condições de trabalho.

Uma lei que viesse a regulamentar o trabalho doméstico, nos termos propostos, poderia avançar um pouco mais, privilegiando modelos comunitários, associativos e/ou institucionais de resolução de conflitos, conferindo aos ajustes negociados nessas instâncias o mesmo valor da coisa julgada. Trata-se, de fato, de iniciativas que os sindicatos ou associações de domésticas, Ministério do Trabalho e até universidades já vêm experimentando. Em muitos aspectos, os conflitos envolvendo trabalhadores domésticos se assemelham bastante aos conflitos familiares. Em relação a estes, o Brasil tem produzido modelos conciliatórios muito promissores<sup>41</sup>.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A EC nº 72 promoveu a inclusão dos trabalhadores domésticos ao escopo de garantias constitucionais trabalhistas, igualando-os aos demais trabalhadores assalariados. A partir daí, cogitou-se que a CLT iria, automaticamente, se tornar o estatuto normativo das relações de trabalho doméstico. Nada mais precipitado, pois não bastasse a exclusão expressa do trabalhador doméstico do texto consolidado, constata-se que o tipo ideal de trabalhador alcançado pela CLT em muito pouco se assemelha àquele que presta seus serviços no âmbito familiar. Vai-se mais além, que os pressupostos da relação de emprego, em especial a subordinação jurídica, parecem não se ajustar à relação de trabalho doméstico.

Analisando as relações de poder que permeiam o trabalho doméstico, conclui-se que a despeito da sujeição à pessoa do empregador doméstico, que decorre da hierarquização social existente, surge uma relação de interdependência entre patrão/patroa e empregado(a) doméstico(a), o que permite reforçar o caráter simbiótico dessa relação de trabalho. Percebem-se determinados ajustes que, mesmo estando à margem do direito posto, são eficazes, proporcionando, por isso mesmo, baixíssima litigiosidade.

Esse cenário de reciprocidade entre empregado e empregador doméstico desconstrói a premissa da exploração, típica do modelo capitalista, permitindo

---

41 Conferir, por exemplo, as experiências de mediação do Núcleo de Prática Jurídica da UFOP, e do Serviço de Assistência Jurídica Gratuita da UniRitter.

## DOCTRINA

formular, então, uma proposta de revisão dos pressupostos dogmáticos do direito do trabalho, e institucionalizados na CLT, mitigando certos princípios, entre os quais o da indisponibilidade dos direitos.

Sobre a plataforma de direitos enunciados pela EC nº 72, é possível se reconhecer, *de lege ferenda*, uma maior autonomia volitiva dos atores contratuais, possibilitando a criação de soluções para um dos problemas mais agudos da relação de trabalho doméstico: a fixação e o controle da jornada laboral, resultante do caráter ambíguo do que se considera “tempo a disposição do empregador” (CLT, art. 4º). Nessa seara, a solução proposta passaria pela revisão da retribuição *a forfait*, ou salário complessivo, como forma de remunerar as horas extraordinárias eventualmente realizadas.

Por fim, tendo em vista o baixo nível de litigiosidade, os conflitos que emergem da relação de trabalho doméstico poderiam contar com modelos comunitários e/ou institucionais de composição de conflitos, nos quais os acordos, formulados sem a adjudicação estatal, possam produzir os mesmos efeitos jurídicos das sentenças e acordos judiciais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 48. ed. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRITES, Jurema. Serviço doméstico: um outro olhar sobre a subordinação. In: LISBÔA, Maria Regina; MALUF, Sônia Weidner (Org.). *Gênero, cultura e poder*. Florianópolis: Mulheres: 2004. v. I Disponível em: <[http://www.koinonia.org.br/tpdigital/uploads/KN\\_jurema-artigo.pdf](http://www.koinonia.org.br/tpdigital/uploads/KN_jurema-artigo.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2013.

CANDEMIL, Alexandra da Silva. Dos pressupostos para a consolidação da justa causa pelo empregador. *Revista LTr; Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 71, n. 10, p. 1.256-1.263, out. 2007.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr, 1994.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. Novo paradigma da competência da Justiça do Trabalho: a relação de emprego. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2523)>.

COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchíades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina da S. (Org.). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 41. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson; PINTO, José A. R. (Atual.). *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987. v. I.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. v. 1.



## DOCTRINA

MELO, Hildete Pereira de. O serviço remunerado doméstico no Brasil: de criadas a trabalhadoras. *IPEA*, TD n. 565, 1-34, jun. 1998. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0565.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0565.pdf)>. Acesso em: 12 jul. 2013.

MONTEIRO, Maria Conceição. *A sombra errante: a preceptora na narrativa inglesa do século XIX*. Niterói: EdUFF, 2000.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1986.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O salário*. São Paulo: LTr, 1968.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A ressignificação da dependência econômica. *Justiça do Direito*, Bahia. v. 1, n. 1, p. 91-120, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.direito.ufba.br/arquivos/Ressignifica\\_o%20da%20DE%20-%20revista%20Justi\\_a%20e%20Direito.pdf](http://www.direito.ufba.br/arquivos/Ressignifica_o%20da%20DE%20-%20revista%20Justi_a%20e%20Direito.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2013.

PIMENTA, Joaquim. *Sociologia econômica e jurídica do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

PINHEIRO, Luana; FONTOURA, Natália; PEDROSA, Cláudia. A situação das trabalhadoras domésticas no país. In: CASTRO, Jorge Abrahão de; ARAÚJO, Herton Ellery (Org.). *Situação social brasileira: monitoramento das condições de vida 2*. Brasília: IPEA, 2012. p. 168.

PIRES, Roberto Rocha C. Estilos de implementação e resultados de políticas públicas: fiscais do trabalho e o cumprimento da lei trabalhista no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 52, n. 3, p. 735 a 769, 2009.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no direito do trabalho brasileiro*. Influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 65, Coimbra, p. 3-76, maio 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SERSON, José. *Curso de rotinas trabalhistas*. 36. ed. atual. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011.

SIQUEIRA, Wagner. Usos da hierarquia no trabalho em equipe. *FGV*, Rio de Janeiro, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/usos-da-hierarquia-no-trabalho-em-equipe/61282/#>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. I.

VIANA, Márcio Túlio. O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios. *Revista do TST*, Brasília, v. 67, n. 3, p. 47-63, jul./set. 2001.

# EFICÁCIA HORIZONTAL DO *DUE PROCESS* LABORAL: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCEDIMENTO TRABALHISTA JUSTO COMO FATOR DE CONTROLE DO PODER PRIVADO EMPREGATÍCIO

Ney Maranhão\*

“Que é a experiência jurídica senão uma forma de experiência cultural, um instrumento de *civilização*? (...) o direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, o fruto maduro de sua experiência multimilenar.”<sup>1</sup>

“*Due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula... *Due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo.”<sup>2</sup>

## DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

**A** vetusta diretriz do *due process of law* constitui uma genuína *cláusula geral*, exurgindo como um direito fundamental de conteúdo *complexo* e de impressionante *variação de significado* a depender do contexto

---

\* Juiz do trabalho substituto (TRT da 8ª Região – PA/AP); doutorando em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP); especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Università di Roma – La Sapienza (Itália); graduado e mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); professor mestre (licenciado) do Curso de Direito da Faculdade do Pará (FAP) (em nível de graduação); professor convidado da Universidade da Amazônia (Unama) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) (em nível de pós-graduação); professor convidado das Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 8ª (PA/AP), 14ª (RO/AC) e 19ª Regiões (AL); membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT), do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ).

1 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 219-220.

2 Caso *Anti-Facist Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Fonte: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 45.

em que incidente<sup>3</sup>. Em caráter inovador, nossa Carta Magna de 1988 previu expressamente o devido processo legal em seu art. 5º, LIV, ao aduzir que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O rico acúmulo histórico em torno de tão relevante cláusula nos conduziu, hodiernamente, a tomá-la como elemento articulador de uma série de outros vetores normativos, a compor o seu *conteúdo mínimo*<sup>4</sup>, tais como a observância do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da motivação das decisões (art. 93, IX), da publicidade dos atos (art. 5º, LX), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), da igualdade de tratamento (art. 5º, *caput*), bem como da vedação de provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI). Não sem razão, abalizada doutrina cunha o devido processo legal não como um dos tantos princípios do processo, senão que “a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam”<sup>5</sup>.

Originariamente, o devido processo legal surgiu como uma garantia exclusivamente processual. Não demorou, porém, para que a vivacidade da jurisprudência norte-americana se valesse da fluidez conceitual dessa cláusula no fito de controlar o próprio conteúdo de decisões estatais, sujeitando-o a parâmetros materiais de justiça e razoabilidade. A formatação daí derivante cuidou então de estabelecer uma dupla dimensão para a *due process clause*: uma dimensão *processual*, chamada de *procedural due process*, como mecanismo assecuratório da regularidade do processo, e, desta feita, também uma dimensão *material*, denominada de *substantive due process*, atinente ao controle do próprio mérito das normas jurídicas<sup>6</sup>.

- 
- 3 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 46-48. v. 1.
  - 4 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107. v. 1.
  - 5 NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 79. A importância da cláusula do devido processo legal é tão acentuada que Humberto Ávila a enquadra como um dos princípios *estruturantes*, assim considerados aqueles que “não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 134).
  - 6 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 39. Na jurisprudência, confira-se: “*due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* –, constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* –, garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (STF, Medida Cautelar na ADIn 1.511/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão em 16 de outubro de 1996).

## DEVIDO PROCESSO LEGAL: EFICÁCIA VERTICAL E EFICÁCIA HORIZONTAL

Em sua essência, o devido processo legal constitui garantia contra o exercício abusivo do *poder*<sup>7</sup>, sendo uma das projeções do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista seu intuito de tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da totalidade dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

De início, a preocupação centrava-se no combate à tirania do *poder público* (eficácia *vertical*, porque do particular frente ao Estado)<sup>9</sup>. Todavia, já se reconhece combate à tirania do chamado *poder privado*<sup>10</sup>, de modo que *também entre os particulares impere incontornável adscrição aos direitos fundamentais* (eficácia *horizontal* – *Horizontalwirkung der Grundrechte*)<sup>11</sup>, como expressão de uma estrutura objetiva de valores que serve de base para a ordem jurídica da coletividade (dimensão jusfundamental *objetiva*)<sup>12</sup>, mormente diante da força normativa dos princípios da *dignidade da pessoa humana*<sup>13</sup> (art. 1º, III) e da *solidariedade*<sup>14</sup> (art. 3º, I), bem assim da aplicabilidade *imediate* dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)<sup>15</sup>.

À vista do exposto, soa até natural reconhecer mais um passo nesse processo: *a necessidade de assegurar a garantia do due process of law, como direito*

7 De acordo com Boaventura de Sousa Santos, poder “é qualquer relação social regulada por uma troca desigual” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 266).

8 FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 68.

9 LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 215-216.

10 Coube a Michel Foucault o engenho de identificar o deslocamento do “poder” da esfera do *Estado* para a esfera da *sociedade* (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996).

11 Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Mesmo porque, como bem leciona Virgílio Afonso da Silva, “a Constituição, em nenhum momento, fala em direitos fundamentais que vinculem somente os poderes estatais, como ocorre com a Constituição alemã” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais das relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139).

12 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 239.

13 Para Daniel Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85-86).

14 A respeito, confira-se: MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

15 Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 295.

*fundamental, também no âmago das relações privadas*, tese que já vem sendo abraçada pela doutrina<sup>16</sup> e avalizada pela jurisprudência. Foi o quanto ficou estabelecido, por exemplo, com a nulidade de exclusão de membro de *associação civil* que não teve garantido o direito de ampla defesa, ocasião em que ficara consignado pela Suprema Corte brasileira, em acórdão paradigmático, que:

“(...) as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...) O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.”<sup>17</sup>

O mesmo direito foi resguardado a *cooperado* excluído sem contraditório e ampla defesa<sup>18</sup>, não sendo diferente no âmbito das relações *condominiais*<sup>19</sup>, havendo já defesa doutrinária semelhante no campo das relações *consumeristas*, no que se refere à contratação de serviços médicos<sup>20</sup>, e mesmo no campo *midiático*, no particular da divulgação pública de informações lesivas ao bom nome e prejudiciais ao desempenho comercial de determinadas empresas, tendo

16 Nesse sentido, dentre outros: BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008; MACIEL Jr., João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 53-56. v. 1.

17 STF, 2ª Turma, RE 201.819, Relª Minª Ellen Gracie, julgamento em 11 de outubro de 2005.

18 STF, 1ª Turma, AR-AI 34.650.1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16 de dezembro de 2004.

19 “A lei não pode amparar o arbítrio, concedendo ao síndico um poder discricionário. A Carta Magna, no art. 5º, inciso LV, assegura a todos os transgressores de qualquer norma legal o direito de ampla defesa, estabelecendo-se o contraditório, capaz de permitir a solução adequada para o ato inquinado como atentatório à lei” (TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 1991.001.05096, Rel. Des. Geraldo Batista, julgamento em 20 de agosto de 1997). No mesmo sentido: TJRS, 18ª Câmara Cível, AI 70006801948, Rel. Des. Pedro Luiz Pozza, julgamento em 1º de agosto de 2003; TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível 2007.001.24277, Rel. Des. José de Samuel Marques, julgamento em 26 de junho de 2007. Vale destacar, por pertinente, que assim dispõe o Enunciado nº 92 do Conselho da Justiça Federal: “As sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

20 BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 225-240.

em vista os conhecidos “testes do Inmetro”, divulgados com certa frequência pela maior rede de televisão brasileira<sup>21</sup>.

Neste compasso, convém indagar: *se a ordem jurídico-constitucional abona a ideia de instauração de um procedimento prévio, adequado e justo, com oferta de contraditório e ampla defesa, para casos de penalidades convencionais – nos quais as partes são, a rigor, iguais –, bem como em tratativas consumeristas e afetações midiáticas – nos quais vigora entre as partes relativa assimetria –, não haveria de se oferecer igual tratamento no bojo das relações trabalhistas de emprego, nos quais, a princípio, a desigualdade entre as partes é notória?*

É cediço que a subordinação do empregado em face de seu empregador, aliada ao trato sucessivo que, a princípio, envolve o liame empregatício, acabam por forjar um ambiente relativamente fértil para situações afrontadoras de direitos fundamentais. De consequência, descortinado o alto potencial lesivo do *poder privado patronal*, impõe-se enxergar no contrato de trabalho um campo extremamente propício à incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>22</sup>.

Rememore-se, aqui, por oportuno, que um dos postulados básicos do devido processo legal está justamente na garantia de *igualdade* entre as partes envolvidas<sup>23</sup>, *não sendo razoável que uma teoria tão alvissareira e vocacionada à promoção dos direitos fundamentais encontre guarida em relações jurídicas civis, comerciais e consumeristas, inclusive no amparo do interesse de grandes empresas, todavia passe ao largo daquele específico campo jurídico em que o desnível entre as partes ressoa por demais evidente: a relação de emprego.*

É preciso lembrar, ademais, que no *caput* do art. 7º da Constituição Federal está consagrada importante cláusula de *vedação de retrocesso* quanto às condições sociais do trabalhador, quando reza serem direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles ali relacionados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Mas, na verdade – é bom que se diga –, o que pretendeu mesmo o legislador constituinte não foi fixar tão só uma cláusula de não retrocesso social, senão que foi bem mais além, na medida em que tencionou mesmo foi pres-

---

21 MACIEL Jr., João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33-40.

22 ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 17.

23 LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 199.

crever, em termos mais precisos, uma *cláusula de crescente avanço social*<sup>24</sup>, como expressão de algo maior, qual seja a *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*<sup>25</sup> (CF, arts. 1º, inciso III, e 5º, § 2º).

Essa tônica de *progressividade* que se deve emprestar a esse importantíssimo preceito constitucional ganha colorido mais intenso quando se foca a coisa à luz do que dispõe, por exemplo, o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)*, estatuto integrante do ordenamento jurídico brasileiro<sup>26</sup> e que estabelece, em seu art. 2º, item 1, claramente, que “cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, *progressivamente, por todos os meios apropriados*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (grifamos).

Destarte, o que se deduz é que nossas disposições constitucionais, quando consideradas com mais vagar, revelam-nos um estupendo estímulo a produções jurídicas que se prestem a dar contínua concretude ao comando de se elevar, cada vez mais, ao longo do tempo, a condição social do cidadão trabalhador, como fator de tutela da sua *dignidade humana* (CF, art. 1º, III) e dos *valores sociais do trabalho* (CF, arts. 1º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, 170, *caput* e 193)<sup>27</sup>.

A proposta que aqui lançamos espelha esse anseio por seguir avante nesse ousado projeto de *incremento de civilidade no âmbito das relações laborais*, partindo da convicção de que ao jurista impõe-se a função axial de “traçar novas valorações, novas conexões de sentido e novas cadeias de regulação entre

24 “(...) a Constituição de 1988 assegurou a expansão das garantias originais deferidas à pessoa humana, na linha enunciada pelo princípio da progressividade dos direitos humanos. Relativamente aos direitos sociais, a consagração do princípio da progressividade foi ainda mais eloquente, diante da expressa redação conferida ao art. 7º, *caput*, que enuncia os direitos fundamentais dos trabalhadores, *sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio *et al.* (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 39 – grifos no original).

25 A respeito, confira-se: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-50.

26 Aprovação: Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Promulgação: Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

27 Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “o pressuposto teórico fundamental do Direito do Trabalho é o de que sirva como instrumento da melhoria da condição social e econômica do trabalhador. Toda a racionalidade ligada ao direito do trabalho, cientificamente considerada, deve partir desse pressuposto e a ele servir, não para estabelecer verdades incontestáveis e eternas, mas para propor problemas a serem superados” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. p. 647-648. v. 1).

normas (preceptivas ou principiológicas, escritas ou não escritas), (...) encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de ‘direito justo’ vigente em determinado contexto histórico-social”<sup>28</sup>.

### DO *DUE PROCESS OF LAW* AO DEVIDO PROCESSO LABORAL

Como já relatamos, o devido processo legal é um superprincípio<sup>29</sup>, fonte de sustento de todos os demais princípios processuais. E, conforme afirmado por Karl Larenz, “o princípio (...) deve ser entendido como uma pauta ‘aberta’, carecida de concretização – e só plenamente apreensível nas suas concretizações”<sup>30</sup>. Daí advém a liberdade na construção hermenêutica que ora se pretende realizar, decorrência que é própria da feição principiológica da citada cláusula, já que, como bem frisado por Humberto Ávila, “o ‘devido processo legal’ é um princípio, assim definida aquela norma que prescreve a realização de um estado ideal de coisas, sem prever os comportamentos cuja adoção irá contribuir para sua promoção”<sup>31</sup>.

De todo modo, aprovou ao legislador constituinte originário, por uma questão de opção política, apontar, expressamente, no Texto Magno, alguns dos componentes mínimos da cláusula do *due process of law* (juiz natural, contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos, fundamentação das decisões, etc.), cujo respeito gera a ideia do *modelo constitucional de processo*.

Isso não quer significar, porém, impedimento a que outras construções possam ser erigidas, valendo-se da invejável fertilidade conceitual da cláusula do devido processo legal. Como bem afirmou Afrânio Jardim, o *due process of law* tem um raio de incidência muito mais abrangente que aquele já reconhecido nas disposições constitucionais<sup>32</sup>. Daí tomarmos a liberdade de concluir que

---

28 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 164-165.

29 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 40. v. 1.

30 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 235.

31 ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set. 2008, p. 55.

32 Discurso proferido no “Ciclo de Debates de Direito Penal e Processual Penal”, ocorrido entre os dias 18 e 21 de junho de 1991, em Brasília, promovido pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 182).



esse modelo constitucional de processo há de ser encarado não como um ponto de chegada, mas, sim, como um *ponto de partida*.

Note-se, a propósito, que ao intérprete do direito, quando do enfrentamento das questões lançadas ao seu crivo, incumbe o dever de não apenas fitar a Constituição Federal, *senão que também ajustar a tutela de acordo com as necessidades do direito material envolvido*<sup>33</sup>, *bem assim com a específica silhueta do ramo processual que lhe serve de instrumento*. Precisamente pela necessidade de atentar para as peculiaridades de cada ambiente jurídico é que se pode falar em *diversas vertentes de procedimento justo*, a densificar, por exemplo, um devido processo legal *legislativo*, um devido processo legal *administrativo*<sup>34</sup>, um devido processo legal *penal*<sup>35</sup>, um devido processo legal *coletivo*<sup>36</sup> ou mesmo um devido processo legal *arbitral*<sup>37</sup>.

Seguindo precisamente esse fluxo científico, Guilherme Guimarães Feliciano decide então construir uma particularização da cláusula geral do devido processo legal, desta feita de contorno sensível às especificidades da processualística trabalhista. Trata-se da seminal ideia do *devido processo laboral*. Na ocasião, proclamou o arguto jurista, *in verbis*:

“(…) cremos já ser passada a hora de se reconhecer, no âmbito do processo laboral, os precisos contornos do *due process of law* (para além do contraditório e da razoabilidade/proporcionalidade), seguindo o exemplo recente do processo penal. Com efeito, os processualistas penais procederam, nos anos oitenta e noventa, a uma particularização do conceito de devido processo legal (formal), chegando à concepção do chamado ‘devido processo penal’. Nessa alheta, e com iguais pretensões, temos designado por *devido processo laboral* o princípio de que decorre a concordância harmônica de todos os demais princípios do processo do trabalho para a obtenção, em tempo razoável, da justa composição do litígio perante o juiz do trabalho natural, independente e imparcial, a que as partes acederão em condições de pleno acesso à Justiça, atendendo-se a que as garantias processuais do réu jamais obstem a satisfação ideal dos

33 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 109. v. 1.

34 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 45. v. 1.

35 BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2. ed. La Plata: Platense, 2011; TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 70 e ss.

36 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 113-119. v. 4.

37 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30.

direitos sociais violados ou a satisfação integral dos créditos alimentares sonogados. No anteprojeto da 15ª Região, essa noção é *positivada*, com vistas à construção de uma base deontológica e epistemologicamente *segura* para a posteridade, que servirá de ponto de partida às ulteriores derivações conceituais e pragmáticas de doutrina e jurisprudência. Reúnem-se no conceito tanto a *dimensão procedural* (= juiz do trabalho natural + independência funcional + imparcialidade subjetiva + tempo razoável) como a *dimensão substantiva* (= satisfação ideal de direitos sociais e/ou satisfação integral de créditos alimentares, i.e., efetividade), avançando em relação à própria figura do ‘devido processo penal’. *Engendra-se, dessarte, o mais importante elemento de calibração para a atividade intelectual de interpretação/aplicação da norma processual laboral, permitindo a dialética de todos os demais princípios em um macroprincípio complessivo, dinâmico e construtivo.*”<sup>38</sup> (grifamos)

A liberdade para o desenvolvimento de uma dimensão específica da cláusula geral do devido processo legal pode ser visualizada, também, em recente obra conjunta de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, *in verbis*:

“O direito ao processo justo é um modelo mínimo de conformação do processo. Com rastro fundo da história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delineá-lo e densificá-lo. (...) *O fato de o direito ao processo justo contar com bases mínimas, o que lhe outorga um perfil comum nas suas mais variadas manifestações, obviamente não apaga a influência que o direito material exerce na concepção da finalidade do processo e na conformação de sua organização técnica.* Dada a *interdependência* entre direito e processo, o direito material *projeta a sua especialidade* sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes. Isso quer dizer que o conteúdo mínimo de direitos fundamentais

---

38 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do direito processual do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011. p. 33 (itálicos no original – grifamos). A ideia volta a merecer consideração em seu mais recente livro: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

processuais que confluem para a organização de um processo justo *não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, tampouco obriga à idêntica e variável estruturação técnica*. Pelo contrário: *o direito ao processo justo requer para sua concretização efetiva adequação do processo ao direito material – adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito*. É preciso ter presente que compõe o direito ao processo justo *o direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos*. Por essa razão, é perfeitamente possível conceber sob o ângulo da *finalidade* o processo civil de forma diversa do processo penal, nada obstante a exigência de justa estruturação a que ambos estão submetidos no Estado Constitucional. (...) *O mesmo se diga do processo trabalhista e de outros processos. O processo sofre o influxo do direito material, que polariza a sua finalidade e determina a sua estruturação.*”<sup>39</sup> (grifamos)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de sua parte, relata a necessidade de adaptação do procedimento a depender da natureza do bem jurídico material objeto do processo, citando expressamente o caso do processo trabalhista, que carrega em si, de regra, a busca por valores indisponíveis, de feição salarial<sup>40</sup>. Também Gisele Santos Fernandes Góes se referiu a algo semelhante, quando alertou que:

“A tutela judicial efetiva deve traduzir-se na avaliação meritória dos direitos do trabalhador, sob o norteamto basilar do princípio da primazia da realidade. (...) Por conseguinte, não se permite que tal principiologia seja desconsiderada no processo do trabalho, pois o binômio processo-direito do trabalho não pode restar vinculado aos ditames formais, extinguindo-se o processo sem resolução de mérito como regra, visto que a proteção também é traço fundamental do processo trabalhista, devendo-se sempre invocar um *devido processo legal trabalhista* razoável e proporcional.”<sup>41</sup>

De nossa parte, em específico, também já ousamos ofertar, em sede doutrinária, alguma concreção a esse alvissareiro constructo intelectual, quando destacamos, noutra oportunidade, *in verbis*:

39 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 617, 619-620 (itálicos no original – grifamos). Esclareça-se, por oportuno, que o que os autores chamam de “processo justo” expressa, na verdade, para nós, algo deduzível do próprio *devido processo legal*.

40 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135-136.

41 GÓES, Gisele Santos Fernandes. Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coord.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais*. São Paulo: LTr, 2011. p. 289.

## DOCTRINA

“(…) o texto celetista, às claras, é mesmo expresso em afirmar que os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação (CLT, art. 764, *caput*), o que nos leva a concluir que, para o Juiz do Trabalho, a perspectiva de uma solução conciliada do conflito não sofre preclusão, tampouco pode ser encarada como ‘perda de tempo’. É, desse modo, um imperativo insistente e arrebatador, que o acompanha a cada segundo, ao longo de toda a marcha processual. Registre-se, por oportuno, que esse reconhecido cariz conciliatório, intrinsecamente enraizado na dinâmica processual trabalhista, decerto integra aquilo que abalizada doutrina tem chamado, com inteira percuciência, de *devido processo laboral*, ou seja, uma particularização da cláusula geral do devido processo legal, quando sensível às especificidades da processualística trabalhista. É dizer: não há como pensar a incidência do devido processo legal no processo do trabalho sem considerar a especial ênfase conferida por esse sistema ao paradigma processual da conciliação.”<sup>42</sup> (grifamos)

Temos, pois, à luz do que acima está explanado, que o *devido processo laboral* consiste em algo como uma prodigiosa *vertente trabalhista do procedimento justo*, assim compreendido não apenas aquele que conduz ao resguardo dos vetores processuais mínimos estabelecidos na Carta Magna (expressa ou implicitamente) como também aquele que produz coerência e harmonização prática à principiologia que é ínsita ao direito *processual* do trabalho, servindo-lhe de eficaz vetor *rearticulador*<sup>43</sup> e seguro dispositivo de *calibragem*<sup>44</sup>.

Nesse ponto, advém-nos, enfim, a pergunta-chave: *a tese do devido processo laboral, pensada por Guilherme Guimarães Feliciano no contexto da ambiência pública da processualística trabalhista (direito processual do trabalho), teria carga jurídica suficiente para também espriar sua força conformadora perante as relações materiais empregatícias, como instrumento de controle do poder privado patronal (direito material do trabalho)?*

42 MARANHÃO, Ney. Audiências de conciliação na execução trabalhista: considerações teóricas e proposições práticas. In: DIDIER Jr., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 435 (grifamos).

43 Humberto Ávila, depois de mencionar as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora dos princípios em geral, frisa, no entanto, no que respeita ao *due process of law*, que, “considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo de qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set. 2008, p. 56).

44 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 175-176.

Diante desse problema, sugerimos, neste texto, que, a par da citada dimensão *vertical* (cariz *processual*), dê-se mesmo um passo além, fomentando a possibilidade de aplicação de uma invocada *incidência horizontal da cláusula do devido processo laboral perante as relações privadas empregatícias* (cariz *material*). Mais que isso: propomos que essa incidência horizontal se dê da forma mais abrangente possível (ou seja, em circunstâncias de interesses *individuais* e até *metaindividuais*, como veremos adiante), *tudo isso na perspectiva de uma vertente trabalhista do procedimento justo e direito fundamental hábil a controlar determinadas facetas tirânicas do poder privado empregatício*.

A propósito, cremos que tal linha de raciocínio guarda íntima relação com a essência da doutrina de J. J. Gomes Canotilho, quando, tratando do citado *procedimento justo*, afirma que este “tende a densificar-se como procedimento comunicativamente (ou informativamente) justo, que obrigará, por exemplo, a criação de comunicações pré-procedimentais, como consultas ou fases preliminares do procedimento a instâncias de parte, institucionalização de ‘mesas-redondas’ sob a forma de conferência de interessados, cooperação informal através de avisos, informações, esclarecimentos, criação de mediadores privados entre a administração e os interessados”<sup>45</sup>.

Perceba-se, de mais a mais, que, se o processo, por um lado, há de ser encarado como *instrumento de proteção de direitos fundamentais*<sup>46</sup>, e, por outro, pode de ser reputado como um procedimento em contraditório atento aos fins do Estado Constitucional<sup>47</sup>, torna-se razoável propor a construção de procedimentos adequados à tutela do direito material e realmente aptos a propiciar proteção efetiva a direitos fundamentais – que, como destacamos alhures, também hão de se impor, à luz de sua eficácia horizontal, mesmo fora da estrita ambiência processual (judicial ou administrativa).

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 514. Noutro texto, questiona o insigne doutrinador português: “os cidadãos têm o direito de exigir do Estado *procedimentos e processos* adequados para garantirem os seus direitos perante o Estado e perante os seus concidadãos?” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008. p. 78).

46 ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set. 2008, p. 52.

47 “A partir da perspectiva do formalismo-valorativo, o processo só pode ser encarado como procedimento em contraditório, de caráter policêntrico, lastreado nos valores constitucionais, jungido aos fins do Estado Constitucional e devidamente demarcado pelos direitos fundamentais processuais mínimos que configuram o nosso processo justo (art. 5º, inciso LIV, da CRFB)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 100. v. 1). A ideia do processo como *procedimento em contraditório* remonta ao autor italiano Elio Fazzalari. Com relação à ideia do *formalismo-valorativo*, confira-se: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Por óbvio, essa proposta hermenêutica, para além de salvaguardar direitos fundamentais continuamente arrostados pelo poder privado patronal, também tem o firme intento de *conferir maior tonicidade democrática à relação de emprego*. Isso se dá porque o procedimento dialético e cooperativo também acaba sendo um poderoso “canal para a participação popular no poder e na sociedade, concretizando os ideais da democracia participativa”<sup>48</sup> – item caro para o amadurecimento de nosso Estado Democrático de Direito e que se realiza, a nosso ver, ainda que praticado no âmbito das relações privadas<sup>49</sup>. Não custa registrar, por sinal, que a cláusula constitucional do devido processo legal formal (*procedural due process of law*) atualmente “é dotada de ‘jusfundamentalidade’ ontológico-material em todos os Estados Democráticos de Direito, ainda quando não a contemplem os textos literais das constituições modernas”<sup>50</sup>.

### EFICÁCIA HORIZONTAL DO *DUE PROCESS* LABORAL: POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Na esteira do exposto, seria possível propugnar, neste momento, pelo menos dois importantes flancos de aplicação prática dessa construção intelectual.

O primeiro condiz com um *aspecto individual*, mais precisamente no que tange ao exercício do *poder empregatício disciplinar*. É que, malgrado a Constituição Federal, expressamente, resguarde “aos acusados em geral” a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o fato é que na grande maioria das relações trabalhistas essa cláusula constitucional é flagrantemente negligenciada.

Homero Batista Mateus da Silva demonstra toda a sua perplexidade ao destacar que, segundo a sistemática jurídica infraconstitucional,

“o empregado não precisa ser informado do que está sendo acusado, o que corresponde a uma situação esdrúxula depois de tantos anos de

48 MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 453-454. v. 1.

49 Já Boaventura de Sousa Santos denuncia que, “no relativo às relações de poder, o que é mais característico das nossas sociedades é o fato de a desigualdade material estar profundamente entrelaçada com a desigualdade não material, sobretudo com a educação desigual, a desigualdade das capacidades representacionais/comunicativas e expressivas e ainda a desigualdade de oportunidades e de capacidades para organizar interesses e para participar autonomamente em processos de tomada de decisões significativas” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007).

50 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do direito processual do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011. p. 31.

discussão sobre o direito ao contraditório e sobre o valor da liberdade. O empregador pode impedir o acesso do empregado à empresa, avisando-o dispensado, e somente revelar o teor da acusação em processo trabalhista, se e quando o empregado ajuizar a demanda. Mesmo em sede de homologação de verbas rescisórias, constará apenas a alegação de justa causa, sem obrigatoriedade de fornecimento de maiores explicações.”<sup>51</sup>

Temos que, mercê dessa disposição constitucional e por força da incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, *impõe-se que reflitamos com maior seriedade e profundidade a possível aplicação da garantia do contraditório e da ampla defesa no bojo dos contratos de trabalho, no sentido de se instaurar alguma instância prévia de diálogo como instrumento de legitimação democrática do poder empregatício disciplinar*<sup>52</sup>. E cremos que, para isso, o desenvolvimento da ideia de *devido processo laboral* é mesmo de grande valia, mais agudamente a incidência de sua específica dimensão *processual* (*procedural due process* laboral).

Já o segundo campo de aplicação é alusivo a um *aspecto metaindividual*. Para tanto, acreditamos ser um excelente material de investigação o discutidíssimo “Caso Embraer”<sup>53</sup>, que suscitou uma série de debates a respeito dos

51 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 245-246. v. 6.

52 “(...) trata-se de permitir que a sanção, ainda que aplicada no plano das relações privadas, respeite parâmetros de seriedade e de dignidade sem cuja observância a autoridade não estatal não seja desacreditada como protagonista de um simulacro ou de uma zombaria à pessoa do acusado. Em outros termos, a imposição de um parâmetro que legitime – sem o inviabilizar – o exercício do direito disciplinar” (FREITAS Jr., Antonio Rodrigues de. Poder diretivo, alterações contratuais e eficácia horizontal dos direitos humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia [Org.]. *Direito individual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 38). A urgência de se refletir sobre essa delicada questão também incomoda Luciano Martinez, *verbis*: “Conquanto muito não se discuta sobre o assunto aqui abordado, é importante refletir sobre procedimentos prévios à efetiva aplicação das sanções trabalhistas” (MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 207).

53 TST, Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo 309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Decisão por maioria. Julgamento em 10 de agosto de 2009. A ementa é longa, pelo que destaco os seguintes trechos: “*Recurso Ordinário em dissídio coletivo. Dispensas trabalhistas coletivas. Matéria de direito coletivo. Imperativa intervenção sindical. Restrições jurídicas às dispensas coletivas. Ordem constitucional e infraconstitucional democrática existente desde 1988*. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. (...) As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores (...). (...) Em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por

limites do *poder empregatício de resilição contratual em massa*, ou seja, aquele que atinge grande número de trabalhadores, produzindo impacto considerável na sociedade local<sup>54</sup>.

O precedente jurisprudencial elaborado para reger o caso convalidou a necessidade de uma instância prévia de diálogo sindical com vistas a controlar e legitimar o exercício do poder de resilir em massa, ajustando-o a especiais diretrizes materiais, tais como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, proporcionalidade e solidariedade<sup>55</sup>. Mais que isso: *malgrado não faça referência expressa, cremos que tal decisum reconheceu de forma patente o que já se revelava latente na ordem jurídica: a necessidade de incidência de um devido processo laboral em casos tais.*

Nesse caso, todavia, ao que tudo indica, através de uma tônica um pouco mais complexa. Expliquemo-nos: de saída, a ênfase recai sobre a incidência do devido processo laboral em sua dimensão *substantiva* (*substantive due process* laboral), conduzindo ao reconhecimento da ilegitimidade de tirânicas resilições contratuais coletivas, remetendo-se, em seguida, agora diante da incidência daquela dimensão *processual* (*procedural due process* laboral), a uma necessária instância de debate com vistas à saída mais adequada para todos os envolvidos, com alguma harmonização prática dos interesses em jogo – por força da preciosa atuação dos entes sindicais, inclusive com auxílio, quem sabe,

---

interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”. *No mesmo sentido*, ficando destacada a necessidade de prévia intervenção sindical no caso de dispensas coletivas (necessidade de procedimentalização): TRT da 2ª R., SE 2028120080000200-1, AC. SDC 00002/2009-0, Relª Juíza Ivani Contini Bramante, julgamento em 22 de dezembro de 2008.

- 54 Zygmunt Bauman, ao refletir, em um plano mais geral, a respeito da frequência cada vez maior com que empresas inteiras se deslocam para outras localidades, deixando a população local com enormes prejuízos socioeconômicos, assim se pronuncia: “Em princípio não há nada determinado em termos de espaço na dispersão dos acionistas. Eles são o único fator autenticamente livre da determinação espacial. E é a eles e apenas a eles que ‘pertence’ a companhia. Cabe a eles, portanto, mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de dividendos mais elevados, deixando a todos os demais – presos como são à localidade – a tarefa de lamber as feridas, de consertar o dano e se livrar do lixo. A companhia é livre para se mudar, mas as consequências da mudança estão fadadas a permanecer. Quem for livre para fugir da localidade é livre para escapar das consequências. Esses são os espólios mais importantes da vitoriosa guerra espacial” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 15-16).
- 55 Afinal, como ensina Daniel Sarmento, “a construção de uma sociedade solidária, tal como projetada pelo constituinte, pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 297).



do próprio Ministério Público do Trabalho, à vista da larga relevância social que de regra promana de contendas dessa natureza<sup>56</sup>.

Aliás, cumpre acentuar, por pertinente, que um dos grandes julgamentos que serviu para recrudescer a dimensão material do devido processo legal perante a jurisprudência norte-americana se deu no famoso caso *Lochner v. New York* (1905), ocasião em que a Suprema Corte estadunidense declarou incompatível com a Constituição lei daquele Estado que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria (*bakers*). Na oportunidade, reconheceu, para tanto, que a garantia do devido processo legal assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem qualquer interferência do Poder Público, decisão que, por certo, “desautoriza, em específico, as normas pretensamente cogentes, que buscavam disciplinar as relações de emprego em benefício das partes economicamente menos favorecidas (empregados), relações essas ainda vistas sob a ótica privatista e sobremodo complacente com as desigualdades que grassam na ordem social”<sup>57</sup>.

Mas a dicção indefinida e até mesmo enigmática dessa locução constitucional, aliada à sua enorme pujança axiológica, fizeram com que a cláusula do devido processo legal “se transmudasse em um autêntico *standard* de justiça, ao sabor das variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar”<sup>58</sup>. *De fato, veja-se que, antes, rente ao estuário liberal, a vertente substancial da cláusula do due process of law serviu para negar a própria interferência estatal nas relações trabalhistas em socorro da classe trabalhadora, conforme a decisão exarada no citado caso Lochner v. New York.*

Mas não é possível pensar o direito à revelia de seu contexto cultural. Deveras, exsurge inescapável ao intérprete, como ser de seu tempo, o mister de contextualizar o debate, desta feita à luz do *Estado Democrático de Direito* e da *força normativa* dos princípios constitucionais, bem assim atento à portentosa relevância jurídica hoje impressa aos *direitos fundamentais*, passando a construir uma exegese comprometida com os preceitos materiais fincados na Constituição Federal e mais condizente com o ideário solidarístico fomentado em nossa atual conjuntura sociojurídica. *Não sem razão este texto vindica uma hermenêutica que, à luz da eficácia horizontal do due process of law, também*

56 Visualizamos, já aqui, mais uma aplicação concreta do que Enoque Ribeiro dos Santos, com enorme perspicácia, cunhou de *parceirização trabalhista*. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.

57 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 52.

58 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38.

*sirva para atribuir controle sobre o próprio conteúdo de atos patronais desarrazoados e injustos, largamente ofensivos a direitos fundamentais e, por vezes, impactantes à própria sociedade local.*

Nota-se, dessa forma, tanto no caso envolvendo aspecto *individual* (combate à tirania do poder empregatício disciplinar) quanto no caso envolvendo aspecto *metaindividual* (combate à tirania de açodadas resilições contratuais coletivas), o suscitar de um nível de reflexões que decerto legitima a defesa de um ainda pouco estudado *direito fundamental a um procedimento trabalhista justo*, como corolário *material* da promissora noção de *devido processo laboral* – vetor principiológico esse que, por sua vez e de sua parte, conforme dimanado do gênio criativo de Guilherme Guimarães Feliciano, sintetiza desdobramento específico da cláusula geral do *due process of law*, quando submetida às peculiaridades da racionalidade juslaboralista.

### APORTES CONCLUSIVOS

A cláusula do *devido processo legal* é um diamante que os juristas não se cansam de lapidar. E este texto é, antes de tudo, mais um singelo esforço no bojo dessa delicada labuta.

Deveras, certos da incidência do *due process of law* também no âmbito das relações privadas, sugestionamos então que se reflita a respeito da incidência *horizontal* da cláusula do devido processo *laboral* perante as relações trabalhistas. Gizamos, com isso, sem embargo de outros desdobramentos futuros, alguma problematização a respeito do exercício do poder privado empregatício, em suas facetas disciplinar (aspecto individual) e concretizadora da prática de dispensas coletivas (aspecto metaindividual).

Propusemo-nos, pois, em essência, ofertar mais alguma contribuição crítica diante do figurino flagrantemente arbitrário que há décadas reveste o exercício do poder empregatício.

Não sem razão, asseveramos, neste compasso, que o estudo da eficácia horizontal do devido processo laboral viabiliza acentuado avanço teórico, condizente, a um só tempo, com a *democratização do poder empregatício*<sup>59</sup> e com a *humanização do contrato de trabalho*, medidas inteiramente coerentes com a elevada centralidade que a Carta Federal empresta à dignidade da pessoa

---

59 Porque “o valor ‘democracia’, latente nos direitos políticos, deve influir no equacionamento dos litígios privados” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 331).

## DOCTRINA

humana, à solidariedade e também aos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (CF, arts. 1º, III e IV, e 3º, I).

Trata-se, como se percebe, de proposta científica que, em última instância, também se destina a salvaguardar máxima concretude aos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), com franca melhoria da condição social do homem-trabalhador (CF, art. 7º, *caput*). Como sempre, tudo em busca da real efetividade da axiologia constitucional – hodiernamente, a mais legítima referência hermenêutica para todo e qualquer intérprete do direito.

É bem verdade que outros aspectos jurídicos podem vir a encorpar ainda mais a argumentação aqui alinhavada. Da mesma forma, outros desdobramentos jurídicos podem dela advir, havendo, também, por outro lado, boas críticas a enfrentar. Por conta disso, as discussões *podem* e, no fundo, *devem* mesmo ter prosseguimento. Quiçá de nossa própria parte, em momento oportuno e à luz de um novo fôlego científico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, set. 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2. ed. La Plata: Platense, 2011.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 4.

## DOCTRINA

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Princípios do direito processual do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: por um novo processo do trabalho*. Colaboradores: Gerson Lacerda Pistori, Jorge Luiz Souto Maior e Manoel Carlos Toledo Filho. São Paulo: LTr, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.
- FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- FREITAS Jr., Antonio Rodrigues de. Poder diretivo, alterações contratuais e eficácia horizontal dos direitos humanos no âmbito das relações de trabalho. In: THOME, Candy Florencio; SCHWARZ Rodrigo Garcia (Org.). *Direito individual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coord.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais*. São Paulo: LTr, 2011.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- MACIEL Jr., João Bosco. *Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. 1.
- MARANHÃO, Ney. Audiências de conciliação na execução trabalhista: considerações teóricas e proposições práticas. In: DIDIER Jr., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

## DOCTRINA

- MURADAS, Daniela. Influxos legais, jurisprudenciais e o princípio da vedação do retrocesso social. In: VIANA, Márcio Túlio *et al.* (Coord.). *O que há de novo em direito do trabalho: homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O microsistema de tutela coletiva: parcerização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 6.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais das relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

# MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: UM DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR E A SUPERAÇÃO DA MONETIZAÇÃO DO RISCO

Norma Sueli Padilha\*

## INTRODUÇÃO

Qualquer análise do universo do trabalho humano na atualidade deve considerar a amplitude das inter-relações e correlações em que se inserem as dimensões multifacetadas do trabalho e as diversificadas influências que o afetam, principalmente na direta relação entre trabalho, meio ambiente, saúde e tecnologia.

Todas essas afetações ao universo do trabalho devem ser consideradas diante do atual momento histórico tão pleno de rupturas de paradigmas e de mudanças de padrões de desenvolvimento socioeconômico e político-institucional, que exigem a adequação de modelos jurídicos tradicionais para a assimilação de uma visão mais integradora e sistemática do sistema jurídico laboral, que adote a ampliação do conceito de trabalho, integrando-o com a saúde e o meio ambiente, fatores que não se dissociam, mas se completam e interagem, e não mais podem ser garantidos juridicamente de forma fragmentada.

É inegável a importância e essencialidade do direito do trabalho na garantia dos direitos humanos do trabalhador na relação jurídica que envolve o contrato de trabalho, mas também é primordial que se fortaleçam os mecanismos juslaborais para abranger toda essa dimensão multifacetada do ambiente artificial onde o ser humano trabalhador está destinado a passar a maior parte de sua vida produtiva – o meio ambiente do trabalho – e, nesse contexto, é

---

\* Advogada; pós-doutora pela UNICAMP; doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora adjunta da UFMS; professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos; pesquisadora do CNPq e líder de grupos de pesquisa; autora, dentre outros, dos livros “Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado” (Editora LTr), “Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro” (Editora Campus Elsevier – obra laureada com o Prêmio Jabuti 2011 na categoria Direito).

imprescindível que se quebre qualquer visão fragmentada e isolada de proteção jurídica do trabalhador, principalmente diante dos riscos tecnológicos acrescidos ao ambiente de trabalho, que exigem a ampliação dos mecanismos criados historicamente pelo sistema trabalhista, ampliando a proteção da sua qualidade de vida no trabalho e pelo trabalho.

É importante frisar a necessária assimilação no contexto jurídico trabalhista dos problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global, que não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas. Nesse sentido, a extensão da problemática ambiental suscitada na atualidade demanda uma nova maneira de conceber a tutela do trabalhador no seu meio ambiente de trabalho, ampliada sobremaneira em seus limites e contornos, pela proteção constitucional, geradora da real concepção do “meio ambiente do trabalho”, não mais abrangida na sua ampla e complexa dimensão, pela previsão legal mínima da Consolidação das Leis do Trabalho, mas referida a realidade qualitativa e quantitativamente diversa, cuja adequada proteção exige novos mecanismos de tutela jurídica, mais abrangentes e complexos, em busca de uma concreta efetividade.

Não só o ambiente de trabalho é afetado e transformado pela crescente evolução tecnológica, mas o direito do trabalho também é desafiado em sua funcionalidade diante do potencial de riscos de degradação e poluição labor-ambiental, que possuem dimensão para além do local do trabalho, afetando a qualidade de vida do trabalhador, e exigindo novos instrumentos normativos para sua proteção.

Nesse sentido, o presente texto é apenas uma pequena reflexão e provocação a sugerir a premente necessidade de amplitude dos mecanismos jurídicos de proteção do trabalhador diante dos riscos da atividade econômica e contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa, reafirmando a essencialidade do diálogo interdisciplinar do direito do trabalho com as ciências que lidam com a questão ambiental e da saúde do trabalhador, e do diálogo transversal com o direito ambiental, ampliando-se os mecanismos de tutela para muito além do mero conformar-se com a monetização do risco por meio do pagamento de adicionais salariais<sup>1</sup>.

---

1 O tema é abordado de forma mais ampla pela autora no artigo: Meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, Edição Comemorativa dos 70 anos da Justiça do Trabalho.

## TRABALHO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA VISÃO INTEGRADORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Longa tem sido a trajetória pela conquista da proteção da saúde e segurança do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho, na lenta, mas crescente evolução das normas de proteção à saúde, bem-estar e integridade física no espaço laboral, nos diversos momentos de afirmação de direitos trabalhistas consagrados historicamente. Nesse contexto, extensa é a lista de avanços conquistados desde as Convenções e Recomendações iniciais da Organização Internacional do Trabalho, que sempre tratou do tema segurança e saúde do trabalhador, desde a sua criação em 1919, adotando a consagração gradativa desses direitos no âmbito internacional e influenciando sua garantia nos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente nas últimas décadas.

No contexto de evolução histórica, destaca-se, também, uma transformação nas normas jurídicas de proteção da saúde e segurança do trabalhador no ambiente de trabalho, desde uma preocupação inicial centrada apenas no campo da segurança contra acidentes do trabalho, para a Medicina do Trabalho e a cura das doenças no trabalho, até o evoluir para o campo da Higiene Ocupacional e da Ergonomia, integrando-se as áreas da medicina, psicologia, fisiologia com a engenharia e arquitetura, envoltas na abrangência dos fatores causais de acidentes do trabalho e doenças profissionais, se acentuando a necessidade de sua prevenção.

Ressalte-se que para a OIT a segurança e saúde no trabalho são um direito humano e uma prioridade no ambiente do trabalho e revelam sua missão principal e permanente, principalmente diante da justificada preocupação com os índices históricos alarmantes de acidentes do trabalho, razão pela qual a OIT promove a uniformização internacional das normas de proteção ao trabalhador no ambiente de trabalho.

A legislação brasileira tem acompanhado a evolução das normas internacionais e garantido juridicamente a proteção da saúde e segurança do trabalhador, principalmente em decorrência das normas garantidas pelas Convenções e Recomendações da OIT, às vezes mesmo antes da própria ratificação pelo Brasil, como uma técnica para evitar sanções impostas pela OIT pelo não cumprimento de metas exigidas.

E, no contexto da necessidade de adoção de medidas preventivas contra a alarmante estatística de acidentes do trabalho no país, ocorreu a publicação da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, que aprovou as Normas Regulamentares relativas à Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT,



consoante o disposto no art. 200 da CLT que confere competência ao Ministério do Trabalho para editar disposições complementares sobre a matéria. As NRs representaram uma proteção normativa de suma importância no campo da proteção da saúde, segurança e bem-estar do trabalhador no seu ambiente de trabalho, representando uma importante forma de avanço normativo, que, entretanto, não provocou, de forma correlata, a mudança expressiva da cultura do desrespeito à saúde dos trabalhadores nos ambientes laborais<sup>2</sup>.

Entretanto, pretende-se ressaltar, nesta rápida reflexão, que no panorama normativo brasileiro o grande salto de qualidade na proteção jurídica desse direito humano do trabalhador no seu ambiente de trabalho deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988, pois o trabalho, a saúde e o meio ambiente são temas aos quais o Texto Constitucional de 1988 deu tratamento especial, ampliando sobremaneira a proteção jurídica por meio de uma visão sistêmica que fornece amplas possibilidades de aplicação integrada de instrumentos jurídicos e de diálogos interdisciplinares, e inaugura os fundamentos constitucionais da nova e atual concepção de meio ambiente do trabalho.

### O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA INTER-RELAÇÃO COM A SAÚDE E O TRABALHO

A Constituição dedicou todo um capítulo ao meio ambiente (VI), e entendeu por incluí-lo como um dos elementos essenciais da “ordem social”, que, segundo o Texto Constitucional, tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Portanto, para a Constituição de 1988, o meio ambiente está incluído na ordem social, sendo parte essencial para se conquistar o bem-estar e a justiça social. Depreende-se, assim, que, segundo o ordenamento constitucional, para que a ordem social seja mantida com base no primado do trabalho e promova bem-estar e justiça social, é preciso que todos esses parâmetros estejam adequados na sua fruição e interligados na sua implementação, e dentre interesses nitidamente sociais, como a educação, a seguridade social, a cultura, os direitos das minorias, a ciência e a tecnologia, a Constituição elencou também o meio ambiente.

A visão abrangente e extensiva do Texto Constitucional quanto à temática ambiental se comprova ainda no capítulo da Seguridade Social, no qual expressamente se menciona o “meio ambiente do trabalho” (art. 200, inciso

---

2 A competência normativa delegada ao Ministério do Trabalho tem sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em reiterada jurisprudência, *ex vi* do STF. PLENO. ADI-MC 1.347-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.12.95; STF. PLENO. RE 343.446-SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 04.04.03, bem como pelo TST, conforme OJ SDI-I/TST nº 4. OJ SDI-I/TST nº 345.

VIII), possuindo os trabalhadores direito a uma sadia qualidade do ambiente de trabalho (art. 7º, inciso XXII).

Dessa forma, o centro gravitacional da tutela da saúde e bem-estar do trabalhador no ambiente do trabalho se deslocou para o patamar constitucional, que se torna o eixo da legislação infraconstitucional e das normas contratuais. Tal centralidade desloca-se das normas constantes do Capítulo de Medicina, Segurança e Higiene do Trabalho na CLT e nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, editadas sobre a égide de outros valores e paradigmas, não afetos aos princípios informadores do direito ao equilíbrio do meio ambiente, e se focaliza no Texto Constitucional.

Para o legislador constitucional, portanto, uma das interfaces do meio ambiente do trabalho é a saúde pública, entretanto, não se pode olvidar que o atual conceito de saúde, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é o de que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”<sup>3</sup>.

A correlação direta da proteção da saúde e qualidade de vida do trabalhador ao equilíbrio do meio ambiente é resultado da consagração do meio ambiente do trabalho enquanto um direito fundamental, e exige do aplicador do direito uma nova postura, voltada à promoção dessa nova ótica de implementação da proteção do trabalhador no seu ambiente laboral, numa perspectiva muito mais abrangente e integradora.

Portanto, toda interpretação das normas referidas ao contexto da saúde do trabalhador no seu ambiente do trabalho deve respeitar a eficácia irradiante do direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, e estando o aplicador do direito diante de várias interpretações possíveis de norma infraconstitucional sobre o tema, deverá optar por aquela que garanta maior eficácia a este direito humano fundamental do trabalhador.

O direito ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho está inserido na complexidade que envolve a questão ambiental nos ambientes laborais, desde a análise acurada dos riscos da atividade econômica, da degradação e poluição labor-ambiental, dos impactos à saúde, no seu sentido mais amplo, bem como, ao modo de organização e técnicas de trabalho, a avaliação dos danos, sua dimensão e fixação, perpassando pela revisão das responsabilidades, além de várias outras questões pertinentes a uma temática tão abrangente.

---

3 Comissão Nacional da Reforma Sanitária, Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde 1986, Documento I, p. 13.

Nesse contexto, a proteção constitucional ambiental exige a aplicação de um regime sistemático amplo, que impõe o diálogo entre o direito do trabalho e o direito ambiental, que, por sua vez, possui princípios específicos, instrumentos adequados e institutos próprios, e identifica-se como um direito do risco e não da indenização, consoante os princípios da precaução e prevenção, da função social da propriedade, do poluidor-pagador, da gestão democrática, da participação e informação, da responsabilidade integral, inserido no compromisso constitucional com um modelo de desenvolvimento sustentável, de responsabilidades compartilhadas entre o Estado e a sociedade.

O direito humano fundamental do trabalhador ao meio ambiente do trabalho equilibrado irradia seus efeitos no contrato do trabalho, e como norma de ordem pública, impõe ao empregador o compromisso com a sadia qualidade de vida de todos os trabalhadores no ambiente laboral, e com a sua proteção contra os riscos inerentes à atividade econômica, cabendo-lhe atuar por meio de práticas sustentáveis e de equidade, priorizando práticas de precaução e a promoção do desenvolvimento sustentável em prol dos seus funcionários e da comunidade.

E, há de se ressaltar, ainda, dentro dos efeitos da consagração do direito ao meio ambiente enquanto um direito fundamental, da vinculação do Poder Judiciário Trabalhista com a implementação deste direito humano da pessoa do trabalhador, pois segundo o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais, estão os juízes e tribunais obrigados, por meio da interpretação e aplicação a outorgar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

A mudança de paradigma constitucional reflete-se especialmente no que se refere à tutela jurídica nas atividades de risco, do acidente de trabalho, da afetação da saúde e da integridade física do trabalhador. A ocorrência, por exemplo, de acidente do trabalho, ou de qualquer afetação da saúde do trabalhador, quer no contexto individual ou coletivo, causados pela degradação do meio ambiente do trabalho e poluição labor-ambiental, atraem a eficácia irradiante de um direito fundamental, o equilíbrio do meio ambiente do trabalho, portanto amplia-se a tutela jurídica para além do direito do trabalho, pois se trata de dano ambiental, que impõe a aplicação do regime sistemático do direito constitucional ambiental, com a incidência de toda a sua base principiológica e seu regime de responsabilidades, que no caso trata-se da responsabilidade objetiva<sup>4</sup>, o que significa um avanço para muito além de uma discussão superada e ineficaz de culpabilidade do trabalhador.

---

4 A Constituição Federal não exige conduta culposa alguma para a responsabilização civil do dano ambiental, mas, por outro lado, em seu art. 7º, XXVIII, menciona ser direito dos trabalhadores “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado quando

## DOCTRINA

Há que se ressaltar que o direito ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, posto que um novo direito humano fundamental do trabalhador necessita de uma maior apreensão e compreensão por parte daqueles a quem cabe o dever de dar-lhe plena implementação, principalmente frente a uma realidade concreta, na qual os atores sociais envolvidos nas relações do trabalho ainda resistem ao cumprimento dos próprios direitos sociais clássicos de monetarização do risco (adicionais de insalubridade, periculosidade, noturno, de horas extras, etc.) e cujos conflitos acabam por exigir do Poder Judiciário do Trabalho uma atuação quase exclusiva em causas limitadas a expressões monetárias dos direitos sociais.

E importa registrar, neste contexto de ampliação da proteção do ser humano trabalhador contra as formas de degradação de sua saúde no ambiente de trabalho, a contribuição significativa da jurisprudência da Justiça do Trabalho na efetivação do direito ao meio ambiente do trabalho, principalmente por meio de acórdãos emblemáticos do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho no julgamento de ações civis públicas envolvendo o meio ambiente do trabalho<sup>5</sup>.

## CONCLUSÃO

O direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, cujos parâmetros constitucionais o correlacionam diretamente à sadia qualidade de vida no e pelo trabalho, impõe uma visão sistemática que contribua para a verificação de sua mais abrangente aplicação, pois a rede de proteção jurídica do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho foi sobremaneira ampliada pela Constituição Federal de 1988 e sua ampla abordagem do meio ambiente do trabalho. Dessa forma, toda a sistemática de proteção da qualidade de vida

---

incorrer em dolo ou culpa". Da análise dos dois dispositivos supracitados parece surgir um confronto quanto à responsabilidade civil, ou seja, quanto ao dano ambiental a responsabilidade seria objetiva, mas quanto ao acidente de trabalho a responsabilidade se fundamenta na culpa (subjéitiva). Entretanto, tais dispositivos não colidem entre si, uma vez que se referem a diferentes tipos e causas de acidente de trabalho, pois o acidente de trabalho referido no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal é aquele decorrente de danos a direitos de natureza individual (regra – responsabilidade subjéitiva), causados por causas não relacionadas à degradação ao meio ambiente do trabalho. Portanto, não está excluída, na hipótese de ocorrência de danos a saúde do trabalhador decorrente de poluição no ambiente de trabalho, a aplicação da responsabilidade objetiva, pois este é o regime de responsabilidade aplicável aos danos decorrentes de lesão a direitos de natureza difusa (art. 225, § 3º).

- 5 Registre-se, nesse sentido, o emblemático caso envolvendo meio ambiente do trabalho e contaminação de trabalhadores objeto da Ação Civil Pública contra as empresas Shell e Basf perante a 2ª Vara do Trabalho de Paulínia (SP), que acabou por se transformar no maior acordo judicial de todos os tempos realizado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR 22200-28.2007.5.15.0126. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/documents/10157/63416/ARR-22200\\_ata+e+anexos](http://www.tst.jus.br/documents/10157/63416/ARR-22200_ata+e+anexos)>. Acesso em: 10 out. 2013.

## DOCTRINA

decorrente da legislação ambiental incide hodiernamente sobre o meio ambiente do trabalho. Nesse sentido, a aplicação dos princípios do direito ambiental faz-se necessária para a reestruturação e revisão dos meios e formas da implementação da atividade econômica e do modo como o trabalhador se insere neste processo, na busca de sua salvaguarda contra qualquer forma de degradação e poluição do meio ambiente onde exerce seu labuto.

A aplicação dos princípios ambientais é de suma utilidade na ampliação da rede de proteção jurídica do ser humano trabalhador no seu ambiente de trabalho, pois a ótica que orienta todo o direito ambiental assenta-se na prevenção. É o direito que não se contenta, assim, em reparar e reprimir o dano ambiental, uma vez que a degradação ambiental, como regra, é irreparável. Prevenir a ocorrência de danos ambientais é a pedra fundamental do direito ambiental para o alcance de seu objetivo primordial, a proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente. O simples “direito do dano” não tem condições de responder às indagações trazidas pela irreparabilidade e irreversibilidade do dano ambiental, só um novo modelo jurídico – o do “direito do risco” – pode solucionar a ameaça coletiva do dano ambiental, prevenindo-o.

Ressalte-se que os princípios de prevenção de danos e da precaução são colocados no centro da principiologia do direito ambiental, pois é preciso priorizar as medidas que evitem danos ao meio ambiente ou eliminem as causas de risco à qualidade ambiental. Tais princípios exigem que as empresas adotem políticas sérias e preventivas de gestão ambiental, não apenas para controle de fontes de poluição ou degradação ambiental já existente, mas também com ações preventivas que concretizem o princípio da precaução.

A efetivação do direito ao equilíbrio do meio ambiente exige uma atuação integrada de todos os atores envolvidos, principalmente por meio do cumprimento das regras estabelecidas pela farta legislação sobre a matéria, mas principalmente pela mudança de cultura na priorização da vida, saúde, integridade e bem-estar dos trabalhadores no ambiente do trabalho.

Se preocupantes ainda são os índices de acidentes do trabalho, contaminação de trabalhadores, doenças profissionais e morte no trabalho e pelo trabalho, forçoso é reconhecer que isto se dá apesar do avanço normativo sobre a temática, e mesmo que muitos sejam os responsáveis pela implementação do direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente, grande ainda é o desafio para a conquista de sua concretização na realidade laboral brasileira, na qual o trabalhador afetado em sua saúde pelo desequilíbrio ambiental é simplesmente descartado na vala comum da previdência social.

## DOCTRINA

Assim, a mera iminência de dano ao meio ambiente laboral deve ser suficiente para mobilizar a Administração Pública, os Sindicatos, o Ministério Público, o Poder Judiciário, etc., na aplicação das medidas mais eficazes para impedir que a ameaça de lesão ao meio ambiente do trabalho se concretize, uma vez que a materialização do dano ambiental torna-se, no mais das vezes, irreversível, sendo o papel da monetização do risco ineficaz e insuficiente para resguardar o bem jurídico constitucional – o equilíbrio ambiental. Do que valerá a indenização, por exemplo, aos trabalhadores que perdem a vida e a saúde por contaminação ambiental decorrente de situação de riscos que sequer tinham conhecimento a que estavam expostos durante anos em seu ambiente de trabalho? Na verdade, cada vez que um dano ambiental ocorre, o que se perde é a qualidade de vida, e se não há uma atuação preventiva dos implementadores da legislação labor-ambiental, no mais das vezes se perde de forma irreversível.

A possibilidade de concretização do direito ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho exige mudanças de postura dos operadores do direito, impondo uma releitura de instrumentos jurídicos clássicos, pois os conflitos que emergem da degradação do ambiente do trabalho não se adaptam a soluções padronizadas. Há que se enfrentar o fato de que o risco a que está submetida a saúde dos trabalhadores em ambientes inseguros e degradados é uma externalidade negativa da atividade produtiva, entretanto, os males expressivos causados à saúde do trabalhador em decorrência desses ambientes, e registrados em estatística preocupantes de acidentes do trabalho e doenças profissionais, tem sido, historicamente, assumido por toda a sociedade brasileira, uma vez que o alijamento do trabalhador do mercado de trabalho não se faz sem ônus social. Trata-se de um passivo ambiental que compromete a sociedade brasileira que, por compromisso constitucional, instituiu os valores sociais do trabalho como fundamento da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do Processo*, n. 93, São Paulo, RT, ano 24, jan./mar. 1999, p. 151-178.

## DOCTRINA

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. v. IV.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. Meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 4, Brasília, v. 77, out./dez. 2011, Edição Comemorativa dos 70 anos da Justiça do Trabalho.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, ano 55, n. 352, fev. 2007, Porto Alegre, Notadez.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. II.

TRINDADE, Washington Luiz da. *Riscos do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

# AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Renan Bernardi Kalil\*

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é fruto de um processo político, econômico e social que reivindicava, dentre outros direitos, a abertura política do país e que culminou no rompimento com o regime instalado a partir do golpe de 1964 e da ditadura militar. Um dos elementos que tiveram grande importância no referido processo foi o direito do trabalho e, em especial, o direito coletivo do trabalho.

Em primeiro lugar, porque os sindicatos foram um dos atores sociais de destaque no processo político que contestou a ditadura militar a partir do final dos anos 1970 e que culminou na redemocratização do Brasil. As entidades sindicais foram organizações que galvanizaram grande parte do descontentamento da população com os militares.

Além disso, porque as greves lideradas pelo movimento sindical na região do ABCD paulista foram, entre os fins dos anos 1970 e começo dos anos 1980, um dos grandes momentos de mobilização que questionou a ditadura militar. Importa mencionar que o cenário que conjugava crise econômica, recessão, arrocho salarial e altas taxas de inflação contribuiu para dar força a essas paralisações.

Cabe ainda destacar que foi nesse contexto que ressurgiram as centrais sindicais, organizações de trabalhadores que não estavam previstas no edifício corporativista vigente no país e congregavam uma série de sindicatos, federações e confederações, sendo que se constituíram como importantes atores políticos a partir desse período. Em 1981 foi realizada a Conclat (Conferência Nacional da

---

\* *Procurador do trabalho; mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP); bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).*



Classe Trabalhadora), em 1983 foi fundada a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e em 1986, a Central Geral dos Trabalhadores (CGT). É nesse cenário que emerge o “novo sindicalismo” ou o “sindicalismo autêntico”, que foi a corrente do movimento sindical que se opunha ao modelo corporativista das relações coletivas de trabalho então predominantes, defendendo, entre outras pautas, a ratificação da Convenção nº 87 da OIT, a instituição da representação por local de trabalho, o fim da contribuição sindical e a democratização das relações de trabalho.

Realizada análise temporal da duração das Constituições brasileiras, verifica-se que a de 1988 é a segunda Constituição mais longa. Fica atrás da Constituição de 1891, que foi a primeira do Brasil República e vigorou até a chegada ao poder da Aliança Liberal, liderada por Getúlio Vargas em 1930. Fica à frente das Constituições de 1934, que deu uma feição social ao Estado brasileiro, e de 1946, que redemocratizou o país com o fim do Estado Novo. As Constituições de 1937 e 1967 foram elaboradas em períodos autoritários. Contudo, diante do processo político que a antecedeu, de sua simbologia e de sua densidade normativa, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é a mais importante que o Brasil já teve. As alterações promovidas pelo texto constitucional no âmbito do direito coletivo do trabalho foram relevantes e demandaram novas interpretações de diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A Constituição Federal de 1988 completa 25 anos em 2013. Datas simbólicas são momentos importantes para se realizar um balanço do caminho percorrido e para se apontar as possibilidades existentes e onde queremos chegar. Este artigo, dentro de seus limites, traz reflexões a respeito desses temas, a partir da análise do direito constitucional sob a perspectiva do direito coletivo do trabalho, com enfoque na organização sindical.

### A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: A POSIÇÃO DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

A evolução histórica do direito do trabalho no Brasil é dividida de formas distintas entre os diversos autores que estudaram a matéria<sup>1</sup>. Adotar-se-á nesse artigo o critério utilizado por Walküre Lopes Ribeiro da Silva, que estabelece a

---

1 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização. *Revista do TST*, Brasília, v. 69, n. 2, jul./dez. 2003, p. 120-122; DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 88-94 e 99-110.

## DOCTRINA

seguinte periodização, com base nas disposições constitucionais vigentes e na ideologia predominante em cada época: (i) pré-história, entre o Brasil Colônia e a abolição da escravatura; (ii) o liberalismo da República Velha; (iii) o intervencionismo corporativista; (iv) e a transição entre o corporativismo e a reforma<sup>2</sup>.

Na pré-história do direito do trabalho, que abrange o período de 1500 a 1888, não existe legislação trabalhista que tenha por objetivo regular as relações de trabalho e que reconheça o direito do trabalho como disciplina autônoma.

A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, limita-se a reconhecer a liberdade de trabalho (art. 178, XXIV), apesar da manutenção do uso da mão de obra escrava, que era um dos principais pilares do modo de produção existente no Brasil.

Ainda, a Constituição de 1824 aboliu as corporações de ofício (art. 178, XXV). As raras corporações que existiam foram extintas e novas formas de reunião passaram a ser utilizadas nesse período: ligas operárias, sociedades de resistência, sociedades de socorros mútuos, câmaras ou bolsas de trabalho, caixas beneficentes, sociedades cooperativas e uniões. Os sindicatos se disseminaram a partir de 1903<sup>3</sup>.

O término da pré-história ocorre com a Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888, e a abolição da escravatura, o que cria condições para a existência do direito do trabalho, tendo em vista que um de seus principais pressupostos é o trabalho livre<sup>4</sup>. Segundo Mozart Victor Russomano, “a Lei Áurea aboliu a escravidão no Brasil e essa foi, sem dúvida, muito embora quase ninguém tenha dito, a lei trabalhista mais importante até hoje promulgada”<sup>5</sup>.

O segundo período tem como marcos temporais iniciais a abolição da escravatura e a proclamação da República (1889). A Constituição de 1891 inaugura a ordem jurídica republicana influenciada pelo liberalismo. Não há menção aos sindicatos, mas é garantida a liberdade de associação (art. 72, § 8º). A regulação das relações de trabalho eram raras.

No âmbito infraconstitucional dois diplomas normativos merecem destaque: o Decreto nº 979, de 1903, que admite a sindicalização dos trabalhadores rurais, e o Decreto nº 1.637, de 1907, que possibilita aos demais trabalhadores a constituição de organizações sindicais; foram os primeiros textos legais que disciplinaram os sindicatos. O número mínimo de integrantes para criação de

---

2 SILVA, *op. cit.*, p. 121-122.

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 51-53.

4 GODINHO, *op. cit.*, p. 99-100.

5 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 20.

## DOCTRINA

uma entidade sindical era de sete membros e a filiação, desfiliação e não filiação eram direitos respeitados<sup>6</sup>.

As características do período são: (i) pluralidade, uma vez que não existiam critérios que limitavam a criação de organizações sindicais; (ii) influência étnica, em especial pelo ativismo de imigrantes europeus; (iii) diversidade de critérios de reunião, tendo em vista que não existia imposição legal para agregação de interessados; (iv) função assistencial, que predominou nas primeiras décadas do século XX; (v) instabilidade dos sindicatos; e (vi) centralização em grau superior<sup>7</sup>.

As entidades sindicais passaram a se organizar de forma articulada a partir do I Congresso Operário Brasileiro, em 1906, evento apontado pela doutrina como o momento que deu início à criação organizada de sindicatos no país. O anarcossindicalismo foi uma corrente que teve grande influência até 1920<sup>8</sup>.

O terceiro período, denominado de intervencionismo corporativista, tem início com a chegada ao poder da Aliança Liberal, liderada por Getúlio Vargas. Há uma grande produção normativa relacionada ao direito do trabalho a partir de 1930.

Em que pese o reconhecimento dos avanços proporcionados no âmbito das relações individuais, com a elaboração de um grande número de normas protetivas aos trabalhadores, no aspecto coletivo, a legislação teve por objetivo não criar condições para que as organizações sindicais fossem livres para se autodeterminarem.

O Decreto nº 19.770, de 1931, segundo Amauri Mascaro Nascimento, “introduz na ordem jurídica uma linha sindical marcadamente intervencionista, de um sindicalismo apolítico e voltado para a integração das classes produtoras”<sup>9</sup>. Ricardo Machado Lourenço Filho afirma que o referido Decreto estabelece o sindicato como órgão de cooperação do Estado, com previsão da existência do sindicato único e do controle dos atos praticados pelas entidades sindicais<sup>10</sup>.

Em 12 de julho de 1934 é publicado o Decreto nº 24.694, que não estabelece a permissão da criação de apenas um sindicato para representar determinada categoria em uma dada base territorial. Contudo, prevê que um

---

6 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 55

7 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 53-54.

8 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 53-56.

9 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 62.

10 LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. *Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira*. São Paulo: LTr, 2011. p. 30.

terço dos empregados da mesma profissão e localidade tem a autorização para fundar uma nova entidade, o que acabou por limitar a existência de sindicatos ao número de três para representar os interessados em um determinado local. Em relação aos empregadores, havia a necessidade da reunião de pelo menos cinco empresas em uma localidade para constituição de uma organização sindical. Ainda, havia previsão de intervenção do Ministério do Trabalho na análise do *quorum* de assembleias e das previsões estatutárias<sup>11</sup>.

A Constituição de 1934, promulgada quatro dias após o Decreto nº 24.694, ou seja, em 16 de julho de 1934, dispôs em seu art. 120 que “os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos em conformidade com a lei”. Não obstante parte da doutrina tenha interpretado tal dispositivo como preceito da pluralidade sindical, adotou-se como regramento legal do art. 120 da Constituição o mencionado Decreto nº 24.694, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido nesse sentido<sup>12</sup>.

A Constituição de 1937, outorgada no contexto do autoritário Estado Novo, previu em seu art. 138 que “a associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público”. Portanto, percebe-se que há a constitucionalização da unicidade sindical, da contribuição sindical e da concepção do sindicato como pessoa jurídica de direito público. É importante destacar que a greve e o *lockout* são proibidos, sendo considerados como recursos antisociais e nocivos ao capital e ao trabalho no art. 139 do texto constitucional.

Deve-se pontuar que a Constituição de 1937 possui como base ideológica o corporativismo, tanto que o art. 140 prevê que “a economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças de trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos estatais destes e exercem funções delegadas de Poder Público”. O Conselho de Economia Nacional, previsto nos arts. 57 a 63, era o símbolo da organização corporativa da produção. As corporações, que se sobreporiam às entidades sindicais, nunca foram criadas.

---

11 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 66; LOURENÇO FILHO, *op. cit.*, p. 36.

12 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 66-67; SILVA, *op. cit.*, p. 127; LOURENÇO FILHO, *op. cit.*, p. 36-37.

## DOCTRINA

Em 1939 é publicado o Decreto nº 1.402, instrumento normativo que estabeleceu os parâmetros que nortearam a estrutura sindical brasileira por muitas décadas. De acordo com Walküre Lopes Ribeiro da Silva, “seguindo o ideário corporativista, condicionou a aquisição de personalidade jurídica a reconhecimento do Estado; autorizou a intervenção na entidade por ordem do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio em caso de dissídio ou circunstância que perturbasse o seu funcionamento; conferiu poder ao Ministro para cassar a carta de reconhecimento do sindicato, diante de desobediência à lei, ao ato de Presidente da República ou às diretrizes da política econômica; criou um quadro de atividades e profissões para classificar as entidades existentes e assegurar que apenas uma exerceria a representação em um dado âmbito pessoal e geográfico, entre outras medidas”<sup>13</sup>. Há violação explícita à liberdade sindical com as mencionadas disposições.

No ano de 1943, o Decreto-Lei nº 5.452, publicado em 1º de maio, além de reunir toda a produção normativa trabalhista existente, estabeleceu novos direitos. Esse documento ficou conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). É de relevo mencionar que o Decreto nº 1.402 foi agregado pela CLT. No tocante à legislação referente às relações coletivas de trabalho, há grande influência da Lei Rocco, editada em 1926, e da *Carta del Lavoro*, de 1927, ambas italianas.

Com o fim do Estado Novo e a restauração da democracia, é promulgada a Constituição de 1946. O seu art. 159 estabeleceu que “é livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”. Também foi reconhecido o direito de greve no art. 158.

Apesar do avanço identificado no tocante ao direito de greve, em relação à organização sindical foram mantidas as restrições anteriormente existentes, em especial pelo fato de a CLT ter sido recepcionada pelo novo texto constitucional no âmbito das relações coletivas de trabalho<sup>14</sup>.

O intervalo democrático é pequeno: o Brasil volta a ter um regime autoritário a partir de 1964, com o golpe militar e a instalação da ditadura no país. Em 1967 é outorgada Constituição que não altera a estrutura sindical brasileira. O art. 159, *caput*, estabelece que “é livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal das convenções coletivas

---

13 SILVA, *op. cit.*, p. 128.

14 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 71-72; SILVA, *op. cit.*, p. 129.

## DOCTRINA

de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei”. O § 1º previa que essas funções englobariam a capacidade de arrecadar contribuições e a execução de programas definidos pela categoria. O § 2º determinou a obrigatoriedade do voto nas eleições sindicais. Admitiu-se a greve, com exceção das realizadas no serviço público e em atividades essenciais (arts. 157, § 7º, e 158, XXI).

Em 1969 é editada a Emenda Constitucional nº 1. Os dispositivos relacionados à organização sindical e à greve existentes na Constituição de 1967 foram mantidos. Durante a ditadura militar, foi proibida a criação de centrais sindicais pela Portaria nº 3.337, de 1978. Contudo, no contexto da fase de abertura política em curso no país nos anos 1980, a mencionada vedação foi revogada pela Portaria nº 3.100, de 1985<sup>15</sup>.

No ano de 1985 foi eleito indiretamente para a Presidência da República Tancredo Neves, que falece antes de tomar posse. Em decorrência disso, assumiu José Sarney, vice-presidente. Entre 1987 e 1988 são realizados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, nos quais as relações coletivas de trabalho são objeto de intensa discussão. Com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, tem início o quarto período histórico, no qual se identifica a permanência de elementos corporativistas com as tentativas de reforma da legislação trabalhista.

### OS AVANÇOS E OS RETROCESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é um paradigma na ordem jurídica brasileira: além de enunciar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), promove uma série de inovações que ampliam os direitos dos cidadãos, dando-lhes grande densidade normativa. Como exemplo, menciona-se a mudança topográfica dos direitos trabalhistas: até 1988, eram previstos no capítulo “da ordem econômica” (1937 e 1967) ou “da ordem econômica e social” (1934) e no final do texto constitucional, sendo que com a nova Constituição foram considerados como “direitos e garantias fundamentais” e colocados nos primeiros artigos do documento.

Para se fazer a avaliação dos avanços e retrocessos existentes na Constituição Federal de 1988, cumpre colocar, primeiramente, o que se entende por autonomia privada coletiva e por liberdade sindical, tendo em vista que ambos os conceitos são centrais na análise a ser realizada.

---

15 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 73. Ambas as Portarias foram editadas pelo Ministério do Trabalho.

## DOCTRINA

Em relação ao primeiro, adota-se o conceito de Ronaldo Lima dos Santos, que afirma que “pode-se definir autonomia privada coletiva no direito do trabalho como o poder de autorregulamentação das relações de trabalho, ou de matérias correlatas, pelos grupos profissionais e econômicos, por meio de suas organizações representativas. A negociação coletiva é o seu instrumento, as normas coletivas de trabalho o seu produto”<sup>16</sup>. Ainda, pontua-se que a autonomia privada coletiva fundamenta a liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve<sup>17</sup>.

No tocante à liberdade sindical, parte-se da noção colocada por Amauri Mascaro Nascimento, que a define como uma liberdade complexa, composta por cinco dimensões indivisíveis, inter-relacionadas e interdependentes: (i) liberdade de associação; (ii) liberdade de organização; (iii) liberdade de administração; (iv) liberdade de exercício de funções; e (v) liberdade de filiação e de desfiliação<sup>18</sup>.

A liberdade de associação se relaciona com o direito de existência dos sindicatos. A liberdade de organização versa sobre as possibilidades de estruturação das entidades sindicais. A liberdade de administração abrange duas vertentes: autarquia externa (que é a vedação de agentes estranhos aos sindicatos interferirem na administração das organizações) e democracia interna (que é a aplicação na vida interna do sindicato do princípio democrático). A liberdade de exercício de funções trata da previsão para que as próprias organizações sindicais elejam as atribuições que desempenharão. A liberdade de filiação e de desfiliação versa sobre a possibilidade do trabalhador se filiar ou não a uma determinada entidade sindical, assim como de se desligar quando assim decidir<sup>19</sup>.

Ainda, importa destacar que Octavio Bueno Magano compreende a liberdade sindical em seus aspectos positivo e negativo e em seu viés individual e coletivo, além da liberdade de não sofrer ingerências exteriores e de promover interesses próprios, definindo-a como “o direito dos trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferências nem dos poderes públicos nem de uns em relação aos outros, no processo de se organizarem, bem como o de promoverem interesses próprios ou dos grupos a que pertençam”<sup>20</sup>.

A liberdade sindical está prevista em uma série de importantes documentos internacionais: Declaração Universal de Direitos Humanos (1948),

---

16 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 133.

17 SILVA, *op. cit.*, p. 137.

18 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 40-51; NASCIMENTO, *Direito sindical*. p. 113-128.

19 NASCIMENTO, *Compêndio de direito sindical*. p. 40-51; NASCIMENTO, *Direito sindical*. p. 113-128.

20 MAGANO, Octavio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: RT, 1982. p. 24.

Convenções ns. 87 (1948) e 98 (1949) da Organização Internacional do Trabalho, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Todos esses documentos foram ratificados pelo Brasil, com exceção da Declaração Universal de Direitos Humanos, tendo em vista que não é necessária sua ratificação para ser observada, e da Convenção nº 87 da OIT.

Feitas essas primeiras observações, trataremos do conteúdo da Constituição Federal no tocante às organizações sindicais.

O art. 8º é o principal dispositivo que trata do direito coletivo do trabalho. No *caput*, estabelece que “é livre a associação sindical ou profissional”. Apesar de se vislumbrar a existência de um modelo de liberdade sindical com esse preceito, as condições previstas nos incisos seguintes criam grandes obstáculos para o exercício da autonomia privada coletiva. Cumpre ainda mencionar que esse dispositivo se relaciona com a liberdade de associação, consideradas as dimensões da liberdade sindical.

O inciso I prevê que “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”. A grande inovação que advém desse dispositivo é a inviabilidade do Poder Público se imiscuir nas entidades sindicais, o que era possível até 1988. Como exemplo, cita-se o art. 528 da CLT, que permitia ao Ministro do Trabalho intervir nas organizações sindicais, por meio de Delegado ou Junta Governativa, em caso de circunstância que perturbasse o funcionamento da entidade ou por razões de segurança nacional. Esse inciso trata da vertente de autarquia externa da liberdade de administração.

O inciso II estabelece que “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”. Trata-se da previsão constitucional do princípio da unicidade sindical.

Esse dispositivo cria restrições para a organização dos sindicatos: (i) não é possível a existência de mais de uma entidade que represente a mesma categoria na mesma base territorial, o que estabelece o monopólio da representação sindical; (ii) somente se admite o critério de categoria para a agregação de trabalhadores ou de empregadores, fazendo com que haja a necessidade em se promover o enquadramento sindical nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art.



511 da CLT; (iii) a base territorial da entidade sindical não pode ser menor que a de um município.

As mencionadas limitações estabelecidas pelo inciso II do art. 8º da Constituição são incompatíveis com a dimensão de liberdade de organização. Nesse sentido, a Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT prevê em seu § 314 que “disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau de organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical”<sup>21</sup>. Importante destacar que a edição do referido parágrafo ocorreu a partir da submissão do caso 1.487 ao Comitê de Liberdade Sindical, no qual se analisaram os dispositivos da Constituição Federal de 1988 relacionados à organização sindical.

O inciso III do art. 8º da Constituição dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Tal previsão reconheceu às entidades sindicais ampla legitimidade para atuar na representação dos trabalhadores e empregadores.

O art. 8º, inciso IV, trata do financiamento das organizações sindicais, sendo que além de admitir a compatibilidade da contribuição sindical prevista em lei e de natureza parafiscal, ou seja, dos arts. 578 e seguintes da CLT, prevê a existência de uma outra fonte de custeio que tem por objetivo financiar o sistema sindical brasileiro: a contribuição confederativa. De acordo com a Constituição, “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”.

A recepção da contribuição sindical pela Constituição Federal de 1988, por ser mecanismo de financiamento sindical compulsório, viola os preceitos da liberdade sindical, em especial a dimensão da liberdade de organização e da liberdade de administração em sua vertente autarquia externa. Nessa linha, Arion Sayão Romita, ao analisar a contribuição sindical em face da Convenção nº 87 da OIT, afirma que, “em primeiro lugar, cabe observar que a Convenção consagra a independência do sindicato perante o poder público e, como

---

21 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition. Geneva: ILO, 2006. p. 66.

## DOCTRINA

se sabe, a contribuição sindical compulsória existe entre nós como mais um instrumento apto a efetivar o atrelamento do sindicato ao Estado. Em segundo lugar, a possibilidade da existência de mais de um sindicato na mesma profissão inviabilizaria, na prática, a manutenção desse imposto, já que ele se destina ao sustento do sindicato único”<sup>22</sup>.

Cumpra pontuar que o § 363 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT estabelece que “convém distinguir as cláusulas de segurança sindical permitidas por lei e as impostas por lei, dado que apenas essas últimas são resultado de um sistema de monopólio sindical contrário aos princípios da liberdade sindical”<sup>23</sup>.

A previsão da unicidade sindical (inciso II) conjugada com a contribuição sindical (inciso IV) manteve uma situação, que envolve organizações sindicais de empregadores e de trabalhadores, denominada por Antônio Álvares da Silva como a existência de sindicatos “com cofres cheios, assembleias vazias e representatividade nula”<sup>24</sup>.

O inciso V da Constituição Federal de 1988 estabelece que “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”. Trata-se do acolhimento, pelo texto constitucional, da liberdade de filiação e de desfiliação. Contudo, o caráter de interdependência da liberdade sindical e as restrições às demais dimensões mencionadas acima faz com que essa possibilidade seja mitigada no ordenamento jurídico brasileiro. Mozart Victor Russomano entende que “no regime de unicidade sindical, a liberdade do trabalhador ou do empresário reduz-se àquela opção singela e cortante: ingressar, ou não, no sindicato único”<sup>25</sup>.

O art. 8º, inciso VI, trata da obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas. Esse dispositivo está em consonância com o art. 7º, XXVI, da Constituição, no qual se reconhece como direito dos trabalhadores as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

O inciso VII do art. 8º trata do direito do trabalhador aposentado filiado ao sindicato votar e ser votado nas eleições sindicais.

O art. 8º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988 prevê que “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da can-

---

22 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991. p. 226.

23 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 76.

24 SILVA, Antônio Álvares da. *Corporativismo consumado*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37\\_corporativismo\\_consumado.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37_corporativismo_consumado.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

25 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 74.

didatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. Trata-se de dispositivo que tem por objetivo prover garantias aos trabalhadores para participarem da vida sindical sem sofrerem ameaças ou retaliações dos empregadores. Esse inciso está em conformidade com o art. 1, 1 e 2, *b*, da Convenção nº 98 da OIT, que trata dos princípios de sindicalização e de negociação coletiva.

A garantia de emprego reconhecida nesse caso é denominada pela doutrina como *fuero sindical*. Segundo Amauri Mascaro Nascimento, “do *fuero sindical* resultam certas garantias ao empregado e que são o direito de se afastar do emprego para exercer atividade sindical; o direito da contagem, como de serviço efetivo, do tempo durante o qual esteve afastado do emprego para exercer funções sindicais; a obrigação da empresa de reintegrá-lo no emprego tão logo cessarem as suas funções sindicais; e a estabilidade do dirigente sindical, que é a proibição da sua dispensa sem justa causa enquanto no exercício do mandato e até um certo tempo depois de cessadas as suas funções sindicais”<sup>26</sup>.

Finalmente, cabe mencionar o art. 10, que prevê a participação de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos, nos quais se discutam temas relacionados a interesses profissionais ou previdenciários, e o art. 11, que estabelece a eleição de um trabalhador em empresas com mais de 200 empregados para a promoção do entendimento direto da relação capital-trabalho.

Os avanços obtidos com a Constituição Federal de 1988 são significativos: (i) a proibição da interferência e da intervenção do Poder Público nas entidades sindicais; (ii) o reconhecimento da legitimidade dos sindicatos em defender os interesses da categoria de forma abrangente; (iii) a relevância dada à negociação coletiva. Ainda, cabe mencionar a introdução no texto constitucional de direitos previstos no âmbito infraconstitucional antes de 1988, como a garantia de emprego dos candidatos e dirigentes sindicais e da liberdade de filiação e de desfiliação. Tais previsões estão em harmonia com um dos principais objetivos da Constituição Federal de 1988, que é a redemocratização da sociedade brasileira, na medida em que pretendem conferir aos sindicatos maiores possibilidades de atuação, para que os interesses de seus representados possam ser defendidos da melhor forma.

Contudo, os retrocessos são evidentes: a elevação ao âmbito constitucional tanto do princípio da unicidade sindical como da contribuição sindical, repetindo a Constituição de 1937. Ambos os elementos confrontam a liberdade sindical e não estão em consonância com os princípios democráticos previstos

---

26 NASCIMENTO, *Compêndio de direito sindical*. p. 53; NASCIMENTO, *Direito sindical*. p. 129.

## DOCTRINA

na Constituição Federal de 1988. Se antigamente essas previsões não possuíam destaque constitucional, a partir de 1988 passaram a integrar o rol de direitos e garantias fundamentais. O STF já se manifestou no sentido de compreender a unicidade sindical como a maior limitação existente à liberdade sindical<sup>27</sup>.

Consideramos que se trata de um retrocesso por duas razões: (i) atribuiu-se caráter de direitos fundamentais às restrições que estavam previstas na “ordem econômica” em outros textos constitucionais e na CLT; (ii) perdeu-se uma oportunidade histórica em 1988, para que o Brasil fizesse o mesmo que determinados países europeus, como a Itália (nos anos 1940), a Espanha e Portugal (nos anos 1970), que realizaram a transição do corporativismo para a liberdade sindical em processos de redemocratização da sociedade.

Parcela considerável da doutrina entende que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a liberdade sindical. Amauri Mascaro Nascimento, após analisar as alterações promovidas pela Constituição Federal de 1988, afirma que “esse panorama não nos enquadra nos parâmetros dos sistemas de liberdade sindical, mas também com os avanços da Constituição de 1988 não deve ser visto como um sistema corporativista que não refletiria a situação atual das entidades sindicais. Os sindicatos têm plena liberdade perante o Estado. O sistema brasileiro é neocorporativista na medida em que mescla elementos que identificam um sindicalismo de liberdade sindical com mecanismos residuais do corporativismo e com os sindicatos como pessoas jurídicas de direito privado atuando em um modelo de unicidade sindical”<sup>28</sup>. No mesmo sentido, Renato Rua de Almeida, como conclusão de estudo acerca da atual conjuntura do sistema sindical brasileiro, coloca que “o modelo sindical brasileiro é semicorporativista ou neocorporativista, ainda distante do modelo pós-corporativista ou da liberdade sindical plena consagrada internacionalmente”<sup>29</sup>.

Maurício Godinho Delgado avalia que o modelo concebido pela Constituição Federal de 1988 não fortaleceu os sindicatos. Segundo o autor, “a combinação de regras, princípios e institutos que sempre se mostraram contraditórios na história do sindicalismo (alguns democráticos, outros de origem autoritária-corporativa), tentada pela Carta Magna de 1988, somente fez aprofundar a crise de legitimidade e de força do sistema sindical brasileiro”<sup>30</sup>.

Ricardo Machado Lourenço Filho entende que a Constituição Federal de 1988 retratou um momento de transição de um regime autoritário para um outro

---

27 RE 310811, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, julgamento em 12.05.09, Segunda Turma, DJe 05.06.09.

28 NASCIMENTO, *Compêndio de direito sindical*. p. 186.

29 ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista? *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 1, jan. 2013, p. 14.

30 DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 72.

democrático no tocante à organização sindical em que há dispositivos de duas espécies: os que preveem, de um lado, instrumentos democráticos, como os mecanismos de participação popular, e de outro, elementos característicos de um Estado paternalista, sendo que classifica a manutenção da unicidade sindical nessa última espécie<sup>31</sup>. Apesar dos avanços verificados, a permanência de elementos corporativistas demonstra que a Constituição Federal de 1988 promoveu uma transição incompleta no tocante à democratização das relações coletivas de trabalho.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o modelo sindical brasileiro assemelha-se a um ornitorrinco<sup>32</sup>. O mencionado animal é um ponto fora da curva na linha da escala evolutiva, tendo em vista que reúne características dos mamíferos, aves e répteis, dado que os filhotes são concebidos em ovos e alimentados com leite, possuem bicos de pato e pele adaptada à água. Nesse sentido, entendemos que o modelo sindical brasileiro apresentou uma evolução truncada com a Constituição Federal de 1988: prevê-se a liberdade das associações sindicais, mas se estabelecem três limitações que a restringem intensamente, que são a imposição da categoria como critério de agregação, a base territorial mínima municipal e o monopólio da representação sindical; dispõe-se que o Estado não pode intervir e interferir nos sindicatos, mas se mantém o financiamento compulsório das organizações sindicais; enuncia-se a liberdade de filiação, mas se possibilita a criação de apenas um sindicato único; não há elementos para se afirmar que prevalece o corporativismo, mas é inviável se admitir a existência da liberdade sindical. Portanto, tal qual o ornitorrinco, o modelo sindical brasileiro não é uma coisa nem outra, não é isso e nem aquilo, daí a classificação de determinados autores em situar o modelo como semicorporativista ou neocorporativista.

### AS INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O cenário jurídico desenhado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, no qual coexistem dispositivos que objetivam proporcionar

---

31 LOURENÇO FILHO, *op. cit.*, p. 128.

32 A utilização da figura do ornitorrinco foi inspirada pelo uso do animal para se explicar o estágio de desenvolvimento econômico do Brasil pelo sociólogo Francisco de Oliveira: um capitalismo malformado, caracterizado pela dependência financeira e tecnológica externas, pela disseminação da precarização da mão de obra, pela não solução dos impasses estruturais da modernização, pela ausência de condições para o desenvolvimento do capitalismo nacional, pela impossibilidade de adoção de um projeto de desenvolvimento nacional diante da atual conjuntura globalizada e financeirizada, sendo que a forma pela qual as economias dos países subdesenvolvidos evoluíram apontaria no sentido de ser impossível romper com a condição de periferia (OLIVEIRA, Francisco de. O ornitorrinco. In: *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003. p. 128-150).

autonomia aos sindicatos com outros que mantêm características do corporativismo, fez com que os Tribunais Trabalhistas e o Supremo Tribunal Federal fossem provocados a se manifestar quanto à forma de se interpretar o texto constitucional e a legislação infraconstitucional. Nesta seção serão analisados os posicionamentos do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao inciso I do art. 8º da Constituição Federal, ocorreu debate acerca do registro do sindicato no órgão competente. As posições ocorreram em três sentidos: (i) realização da inscrição apenas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para aquisição da personalidade civil; (ii) registro somente no Ministério do Trabalho, para a obtenção da personalidade sindical; e (iii) registro em ambos os órgãos<sup>33</sup>. O STF, ao entender que o registro é ato vinculado e tem por objetivo fazer com que a estrutura sindical observe os limites impostos pela Constituição, consolidou na Súmula nº 677 o entendimento de que “até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”<sup>34</sup>.

No tocante ao inciso II do art. 8º, as duas principais polêmicas se deram diante da questão do enquadramento sindical e das possibilidades de dissociação e desmembramento das entidades sindicais.

A vedação da intervenção e da interferência do Poder Público nas organizações sindicais fez com que o enquadramento sindical prévio deixasse de ser requisito para criação de sindicato e extinguiu a Comissão de Enquadramento Sindical prevista no art. 570 da CLT. A partir da Constituição Federal de 1988, o Quadro de Atividades e Profissões previsto no art. 577 da CLT deixou de ser atualizado, tendo em vista que o Ministro do Trabalho deixou de ter a atribuição de reconhecer a existência de uma categoria profissional ou econômica.

33 “A jurisprudência do STF, ao interpretar a norma inscrita no art. 8º, I, da Carta Política – e tendo presentes as várias posições assumidas pelo magistério doutrinário (uma que sustenta a suficiência do registro da entidade sindical no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; outra que se satisfaz com o registro personificador no Ministério do Trabalho; e a última, que exige o duplo registro: no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, para efeito de aquisição da personalidade meramente civil, e no Ministério do Trabalho, para obtenção da personalidade sindical) –, firmou orientação no sentido de que não ofende o texto da Constituição a exigência de registro sindical no Ministério do Trabalho, órgão este que, sem prejuízo de regime diverso passível de instituição pelo legislador comum, ainda continua a ser o órgão estatal incumbido de atribuição normativa para proceder à efetivação do ato registral (...)” (ADI 1.121-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.09.95, Plenário, DJ 06.10.95)

34 Nesse sentido: “(...) O temor compreensível – subjacente à manifestação dos que se opõem à solução – de que o hábito vicioso dos tempos passados tenda a persistir, na tentativa, consciente ou não, de fazer da competência para o ato formal e vinculado do registro, pretexto para a sobrevivência do controle ministerial asfixiante sobre a organização sindical, que a Constituição quer proscrever – enquanto não optar o legislador por disciplina nova do registro sindical –, há de ser obviado pelo controle jurisdicional da ilegalidade e do abuso de poder, incluída a omissão ou o retardamento indevidos da autoridade competente” (MI 144, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 03.08.92, Plenário, DJ 28.05.93).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o mencionado Quadro foi recepcionado, em face da previsão da sindicalização por categoria prevista no art. 8º, II, da Constituição Federal, devendo ser utilizado como modelo para se promover o enquadramento sindical<sup>35</sup>.

Quanto às possibilidades de dissociação e desmembramento, cumpre destacar a diferença entre os conceitos: entendemos que a dissociação versa sobre a cisão da categoria representada pelo sindicato e que ocorre quando há agregação por similaridade, conexidade ou ecleticidade, enquanto o desmembramento trata dos casos em que há formação de um novo sindicato a partir da divisão da base territorial da entidade existente. Essa distinção está presente no art. 10, VII e VIII, da Portaria nº 186, de 10.04.2010 do Ministério do Trabalho e Emprego.

O Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento em se permitir a dissociação e o desmembramento livremente, desde que respeitada a base territorial mínima e o limite da identidade na agregação da categoria econômica ou profissional, sem levar em consideração quaisquer outros critérios<sup>36</sup>. O STF entende que o fato de uma entidade sindical representar determinada categoria em área maior que o município não garante a intangibilidade da base territorial<sup>37</sup>. Da mesma forma, admite a dissociação da categoria com o objetivo de criar sindicato específico com base no limite da identidade<sup>38</sup>.

Nas situações em que uma parcela da categoria ou os representados de parte da base territorial em que o sindicato exerce as suas funções pretende realizar a dissociação ou o desmembramento, o STF definiu que não há necessidade da categoria dissociada ou da base desmembrada ser consultada para a criação da nova entidade<sup>39</sup>. No caso de existirem duas entidades sindicais que

35 RMS 21.305, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17.10.91, Plenário, DJ 29.11.91.

36 Nesse sentido: AI 609.989-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30.08.2011, Segunda Turma, DJE 17.10.2011; RE 202.097, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 16.05.00, Primeira Turma, DJ 04.08.00.

37 “Sindicato: unicidade e desmembramento. O princípio da unicidade sindical (CF, art. 8º, II) não garante, por si só, ao sindicato a intangibilidade de sua base territorial; ao contrário, a jurisprudência do STF está consolidada no sentido da legitimidade constitucional do desmembramento territorial de um sindicato para constituir outro, por deliberação dos partícipes da fundação deste, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior à de um Município (...).” (RE 154.250-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15.05.07, Primeira Turma, DJ 08.06.07)

38 “A liberdade de associação, observada, relativamente às entidades sindicais, a base territorial mínima – a área de um Município –, é predicado do Estado Democrático de Direito. Recepção da CLT pela Carta da República de 1988, no que viabilizados o agrupamento de atividades profissionais e a dissociação, visando formar sindicato específico.” (RMS 24.069, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22.03.05, Primeira Turma, DJ 24.06.05)

39 “Os princípios da unicidade e da autonomia sindical não obstam a definição, pela categoria respectiva, e o consequente desmembramento de área com a criação de novo sindicato, independentemente de aquiescência do anteriormente instituído, desde que não resulte, para algum deles, espaço inferior ao território de um Município (CF, art. 8º, II).” (RE 227.642, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 14.12.98, Primeira Turma, DJ 30.04.99)

representem categorias idênticas na mesma base territorial mínima, optou o STF pelo critério da anterioridade, no qual deve prevalecer o sindicato mais antigo<sup>40</sup>.

O TST, historicamente, adotou as mesmas posições que o STF. Contudo, recentemente, passou a decidir os casos de desmembramento e de dissociação com fundamento no princípio da agregação sindical. A partir da mencionada diretriz, deve-se interpretar o conceito de categoria de forma ampla, com intento de reforçar a ação sindical, tendo em vista que as entidades sindicais, sob uma perspectiva histórica, tiveram como objetivo a união da classe representada. Ainda, coloca-se que a existência de organizações sindicais fortes interessam ao Estado Democrático de Direito. Portanto, faz-se uma opção pelo sindicato com maior representatividade, que, na visão do TST, costuma ser o cronologicamente mais antigo e o com maior abrangência<sup>41</sup>. Esse posicionamento pode ser compreendido como uma reação da jurisprudência trabalhista diante da pulverização sindical existente no país.

Em relação ao art. 8º, III, da Constituição Federal, as discussões ocorreram no tocante às condições e aos limites da defesa dos interesses e dos direitos da categoria pelos sindicatos. Quanto ao primeiro ponto, o STF entendeu ser essencial a concessão do registro sindical pelo Ministério do Trabalho e Emprego para que a organização sindical atue em juízo para defender os interesses da categoria representada<sup>42</sup>. Diante do segundo, o STF posicionou-se pela le-

---

40 “Havendo identidade entre categoria de trabalhadores representados pelo autor e pelo réu e sendo idênticas também as bases territoriais de atuação de um e de outro sindicato, deve prevalecer o primeiro deles, dada a sua constituição anterior.” (RE 199.142, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 03.10.00, Segunda Turma, DJ 14.12.01)

41 “(...) Decidindo o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio da agregação, de modo a identificar como mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional mais larga e abrangente, que envolve inúmeros segmentos similares a mais do que o segmento específico e delimitado referenciado pelo outro sindicato – que, sendo mais recente, foi produto de divisão da categoria ampla representada pelo sindicato mais antigo –, ajusta-se sua interpretação ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, da CF). A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo, porém, incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II, da CF/88) e concretizar a consistência representativa que tem de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI, da CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao direito coletivo do trabalho. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR 1335-20.2010.5.02.0003, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14.11.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 23.11.2012). Nesse sentido: RR 146140-90.2005.5.02.0472, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11.05.2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 20.05.2011; AIRR 719-89.2010.5.18.0006, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29.10.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 31.10.2012.

42 “Ausência de legitimidade do sindicato para atuar perante a Suprema Corte. Ausência de registro sindical no Ministério do Trabalho e Emprego. Necessidade de observância do postulado da unicidade sindical. Liberdade e unicidade sindical. Incumbe ao sindicato comprovar que possui registro sindical junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, instrumento indispensável para a fiscalização do postulado da unicidade sindical (...).” (Rcl 4.990-AgrR, Relª Minª Ellen Gracie, julgamento em 04.03.09, Plenário, DJE 27.03.09)



gitimidade extraordinária ampla dos sindicatos, admitindo a defesa de direitos individuais homogêneos pelas entidades e, por serem substitutos processuais, a desnecessidade de autorização dos substituídos para pleitear em juízo<sup>43</sup>. A interpretação do art. 8º, III, da Constituição Federal sob essa perspectiva também ocasionou o cancelamento da Súmula nº 310 do TST em 2003, que enunciava um entendimento restrito do art. 8º, III, da Constituição Federal<sup>44</sup>.

Em face do inciso IV do art. 8º, ocorreram dois debates distintos. O primeiro, relacionado com a recepção da contribuição sindical, não suscitou grandes divergências, pois se entendeu que a Constituição Federal de 1988 recepcionou esse instituto quando tratou da “contribuição prevista em lei” indicada no fim do referido inciso.

O segundo, que versa sobre a contribuição confederativa, gerou maiores polêmicas. Houve posicionamento que defendeu que o art. 8º, IV, da Constituição criou uma bitributação ao instituir a contribuição confederativa, sendo dispositivo de eficácia limitada, que para poder ser observado demandaria a edição da lei a que se refere o art. 149 do texto constitucional. O valor instituído pela assembleia geral seria devido por todos os representados, filiados ou não<sup>45</sup>. Esse foi o entendimento inicial da Seção de Dissídios Coletivos do TST<sup>46</sup>.

Entretanto, posição diversa colocava que a contribuição confederativa não possuía natureza tributária, sendo que o inciso IV do art. 8º da Constituição seria autoaplicável e que os valores decididos em assembleia geral não seriam devidos por todos os representados, mas apenas pelos filiados às entidades sindicais. A compreensão do referido dispositivo constitucional nesses termos

---

43 “Processo civil. Sindicato. Art. 8º, III, da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses 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 direitos e 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 193.503, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12.06.06, Plenário, DJe 23.08.07)

44 “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO.

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

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. (...).”

45 ROMITA, *op. cit.*, p. 234-241; SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 415-420.

46 SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 418.

## DOCTRINA

foi adotada pelo STF<sup>47</sup>, que editou a Súmula nº 666: “a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

No tocante à contribuição assistencial, que tem por objetivo financiar as atividades realizadas pelos sindicatos em questões relacionadas à negociação coletiva, o STF não examinou a matéria em razão de ser questão infraconstitucional<sup>48</sup>.

O TST, em relação à contribuição confederativa, acolheu o mesmo posicionamento que o STF. Diante da contribuição assistencial, adotou o mesmo raciocínio que levou à conclusão da não obrigatoriedade da cobrança dos não filiados: por não ser de natureza tributária, é devida apenas pelos associados ao sindicato, sob pena de violação dos preceitos que asseguram a liberdade de associação e de filiação nos arts. 5º, XX, e 8º, V, da Constituição. A consolidação do entendimento do TST em face das contribuições confederativa e assistencial ocorreu na Orientação Jurisprudencial nº 17 da Seção de Dissídios Coletivos e no Precedente Normativo nº 119.

Por fim, cabe analisar as interpretações dadas ao que dispõe o art. 8º, VIII, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a garantia de emprego ao dirigente sindical. O ponto principal sobre esse dispositivo tratou de sua harmonização com a vedação da interferência e da intervenção do Estado nas entidades sindicais.

Inicialmente, cumpre fazer uma distinção. Não há divergência quanto ao fato de que é o sindicato que deve definir o número de integrantes de sua diretoria. O elemento que suscita debate se refere ao número de dirigentes sindicais que possuem garantia de emprego. Amauri Mascaro Nascimento entende o primeiro como uma questão interna e o segundo como uma questão externa<sup>49</sup>.

Tendo em vista que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 não foi editada lei que tratasse do tema, as discussões ocorreram em torno da recepção ou não do art. 522 da CLT, que determina o número mínimo e máximo de integrantes da Diretoria e do Conselho Fiscal.

Houve posicionamento que preconizou que o art. 522 da CLT violaria o art. 8º, I, da Constituição, tendo em vista que a designação do número de

---

47 “A contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral – CF, art. 8º, IV – distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário – CF, art. 149 – assim compulsória. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato.” (RE 198.092, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 27.08.96, Segunda Turma, DJ 11.10.96)

48 RE 224885, Relª Minª Ellen Gracie, julgamento em 08.06.04, Segunda Turma, DJ 06.08.04.

49 NASCIMENTO, *Compêndio de direito sindical*. p. 354.

dirigentes que poderiam ter garantia no emprego deveria ser determinado pelo sindicato. A determinação de um número excessivo de dirigentes não poderia ser admitida, sob o argumento legal de abuso de direito<sup>50</sup>.

Em outro sentido, colocou-se que até que fosse editada legislação que disciplinasse a matéria, dever-se-ia utilizar como parâmetro o art. 522 da CLT, sob pena de sujeitar o empregador ao arbítrio da entidade sindical. Ainda, o dispositivo celetista não contrariava o art. 8º, I, da Constituição<sup>51</sup>. O STF acolheu esse entendimento e admitiu a recepção do art. 522 da CLT<sup>52</sup>.

Nesse sentido, o TST editou a Súmula nº 369, que em seu item II coloca que “o art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes”.

Em relação a esse dispositivo constitucional, cabe ainda destacar alguns posicionamentos predominantes na jurisprudência. A garantia de emprego possui dupla função: permitir que o dirigente sindical desempenhe sua função de representação da categoria sem temer represálias do seu empregador e garantir a devida representação aos trabalhadores, para que a defesa de seus interesses e direitos não seja prejudicada. Em casos em que a empresa é extinta, o STF e o TST entendem que não subsiste a garantia de emprego<sup>53</sup>.

O Supremo Tribunal Federal entende que o art. 8º, VIII, não pode ser interpretado de maneira restritiva a ponto de não abranger o representante da categoria econômica como detentor da garantia de emprego na empresa em que é empregado<sup>54</sup>. Ainda, nos casos em que o sindicato é criado, o STF não exige a demonstração da concessão do registro sindical para que o dirigente sindical tenha garantia de emprego, sob o argumento que tal ato é um processo,

50 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 986-987.

51 SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 427-428.

52 “Constitucional. Trabalho. Sindicato: dirigentes: CLT, art. 522: Recepção pela CF/88, art. 8º, I. O art. 522 da CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, art. 8º, I.” (RE 193.345, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13.04.99, Segunda Turma, DJ 28.05.99)

53 STF: RE 222.334, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 30.10.01, Segunda Turma, DJ 08.03.02; TST: Súmula nº 369, IV.

54 “Interpretação restritiva do inciso VIII do art. 8º da CF: Impossibilidade. Inexistência de norma legal ou constitucional que estabeleça distinção entre o dirigente sindical patronal e o dos trabalhadores. Não perde a condição de empregado o trabalhador que, malgrado ocupe cargo de confiança na empresa empregadora, exerça mandato sindical como representante da categoria econômica. Representante sindical patronal. Dispensa no curso do mandato. Indenização e consectários legais devidos desde a data da despedida até um ano após o final do mandato.” (RE 217.355, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 29.08.00, Segunda Turma, DJ 02.02.01)

sendo que basta a indicação da data de realização do pedido no Ministério do Trabalho e Emprego<sup>55</sup>.

## AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS PÓS-1988 NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A LEI Nº 11.648/08

A principal inovação criada no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao direito coletivo do trabalho e a organização sindical foi a promulgação da Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008, que reconheceu formalmente as centrais sindicais.

Do ressurgimento das centrais sindicais nos anos 1980 até a promulgação da mencionada Lei, essas entidades possuíam natureza jurídica de associações civis, sendo fundadas nos termos do art. 5º, XVII e XXI, da Constituição Federal. Apesar de não estarem previstas no sistema confederativo, eram as principais articuladoras de ações sindicais. É importante destacar que o Estado brasileiro reconhecia essa condição na medida em que, por diversas vezes, para ocupar cargos em órgãos de representação colegiada foram indicados representantes de centrais sindicais, como ocorreu no Conselho Curador do FGTS e na representação dos trabalhadores brasileiros nas Conferências Internacionais do Trabalho realizadas pela OIT.

Tendo em vista que as centrais sindicais acabaram por ocupar o papel de entidades de cúpula de fato em relação à representação dos trabalhadores, nosso sistema acabou por consagrar uma situação em que há pluralidade no topo e unicidade na base das organizações sindicais. Arnaldo Süssekind afirmou que o caso brasileiro caracterizava-se como extravagante<sup>56</sup>.

A promulgação da Lei nº 11.648/08 introduziu algumas novidades em relação às centrais sindicais. O art. 1º, *caput*, define-a como “entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional”. Percebe-se que não se utilizou o conceito de categoria como critério de representação das centrais sindicais, assim como não foi colocada no sistema confederativo.

---

55 “Estabilidade sindical provisória (...); reconhecimento da garantia aos diretores eleitos, na assembleia constitutiva da entidade sindical, desde, pelo menos, a data do pedido de registro no Ministério do Trabalho, o que não contraria a exigência deste, constante do art. 8º, I, da Constituição. A constituição de um sindicato – posto culmine no registro no Ministério do Trabalho (STF, MI 144, 03.08.92, Pertence, RTJ 147/868) – a ele não se resume: não é um ato, mas um processo. Da exigência do registro para o aperfeiçoamento da constituição do sindicato não cabe inferir que só a partir dele estejam os seus dirigentes ao abrigo da estabilidade sindical: é ‘interpretação pedestre’, que esvazia de eficácia aquela garantia constitucional, no momento talvez em que ela se apresenta mais necessária, a da fundação da entidade de classe.” (RE 205.107, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 06.08.98, Plenário, DJ 25.09.98)

56 SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 400.

## DOCTRINA

O art. 1º ainda estabelece as atribuições das centrais sindicais: (i) coordenação da representação dos trabalhadores; (ii) participação de negociações em espaços de diálogo social que sejam compostos por formação tripartite e existam interesses dos trabalhadores em discussão. Verifica-se que não foram previstas funções típicas das entidades sindicais, como a representativa (e não a mera coordenação) e a negocial.

O art. 2º da Lei nº 11.648/08, ao prever critérios que as centrais sindicais devem observar para serem reconhecidas, introduz a noção de representatividade sindical no ordenamento jurídico brasileiro. São: (i) filiação de, no mínimo, 100 sindicatos distribuídos nas cinco regiões do Brasil; (ii) filiação em pelo menos três regiões do país de, no mínimo, 20 sindicatos em cada uma; (iii) filiação de sindicatos em pelo menos cinco setores da atividade econômica; (iv) filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% dos trabalhadores sindicalizados no país. A adoção somente de noções quantitativas é criticada por Marcus de Oliveira Kaufmann, que vislumbra a possibilidade do emprego de critérios qualitativos, como a existência de serviços sociais criados pelas entidades sindicais, previsto no art. 519, *b*, da CLT<sup>57</sup>.

Ainda, o art. 5º da Lei modifica os dispositivos da CLT que tratam da distribuição da contribuição sindical. A partir de 2008, as centrais sindicais reconhecidas passaram a receber 10% do total arrecadado em relação aos trabalhadores.

A constitucionalidade da Lei nº 11.648/08 não é consensual; há posicionamento de que a referida Lei não afronta a Constituição Federal. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento afirma que (i) o sistema confederativo não impede a criação de centrais sindicais; (ii) o inciso IV do art. 8º da Constituição não trata do modelo de organização sindical acima das confederações, mas das fontes de financiamento das organizações sindicais; (iii) há conexão entre as confederações e as centrais sindicais; (iv) o reconhecimento legal das centrais sindicais não interfere nas entidades sindicais de base; e (v) há tendência no sindicalismo mundial em se admitir a existência de centrais sindicais<sup>58</sup>.

Por outro lado, Walküre Lopes Ribeiro da Silva *et al.* colocam que a Lei nº 11.648/08 é incongruente com a forma pela qual a Constituição trata as entidades sindicais. De acordo com os autores, “a Lei nº 11.648 coloca-nos diante de um dilema: ou reforma-se a Constituição e integram-se as centrais no sistema confederativo em um contexto de liberdade sindical ou ignora-se

---

57 KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade. *Revista do TST*, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010, p. 145.

58 NASCIMENTO, *Compêndio de direito sindical*. p. 266-267.

a Constituição sob o risco de deslegitimar o ordenamento jurídico e o regime democrático”<sup>59</sup>.

Para Antônio Álvares da Silva, o contexto que proporcionou a edição da Lei nº 11.648/08 fez com que as centrais sindicais nascessem mortas, pois “existirão para arrecadar dinheiro e não para exercer autêntica representatividade, que presume liberdade e independência perante o Governo”<sup>60</sup>.

A Lei nº 11.648/08 foi objeto da ADI 4.067, sendo que o STF ainda não concluiu o seu julgamento.

Finalmente, cabe destacar importante análise de Arnaldo Süssekind sobre a situação criada com a admissão das centrais sindicais nos mencionados termos. Segundo o autor, há desrespeito da liberdade sindical coletiva e individual, pois “o trabalhador que não concordar com a orientação doutrinária ou pragmática de determinada central, à qual se vinculou o sindicato da sua categoria, somente nele poderá ingressar como associado; e, ainda que não se sindicalize, será por ele representado em todas as questões de interesse de sua categoria”<sup>61</sup>.

A ausência de previsões legais sobre as centrais sindicais poderia fazer com que essas entidades atuassem para modificar o modelo sindical brasileiro no sentido de suprimir a unicidade sindical do ordenamento jurídico. Contudo, o reconhecimento legal das centrais sindicais e a sua introdução na repartição dos valores arrecadados a título de contribuição sindical sem a alteração do que resta do edifício corporativo acabou por acomodar uma situação paradoxal, sendo que não vislumbramos atualmente a ação sindical dessas entidades empenhada de forma efetiva na modificação de nosso sistema sindical.

### ANÁLISE CRÍTICA DO PÓS-1988: OS AVANÇOS POSSÍVEIS EM FACE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Entendemos que o modelo sindical ideal teria de ser construído a partir da ratificação da Convenção nº 87 da OIT em que os próprios interessados definiriam a forma pela qual os sindicatos seriam organizados (unidade ou pluralidade), sem que Estado impusesse tal fato (unicidade). Atualmente, não se vislumbra a incorporação desse tratado internacional ao ordenamento jurídico

---

59 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da *et al.* Reforma sindical: o problema das centrais sindicais. *Jornal do 48º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2008, p. 124.

60 SILVA, Antônio Álvares da. *Corporativismo consumado*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37\\_corporativismo\\_consumado.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37_corporativismo_consumado.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

61 SÜSSEKIND, *op. cit.*, p. 400. Ainda que a mencionada análise tenha ocorrido antes da promulgação da Lei nº 11.648/08, tais observações continuam pertinentes, tendo em vista que o quadro analisado não apresentou modificações.

brasileiro no curto prazo. Contudo, essa conjuntura não deve fazer com que novas interpretações da Constituição Federal de 1988 deixem de ser realizadas com o objetivo de se democratizar as relações coletivas de trabalho.

A modificação do modelo sindical brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988 sem que ocorresse qualquer alteração no plano infraconstitucional acabou por fazer com que uma série de situações se consolidassem com a fixação de entendimentos jurisprudenciais. É nesse âmbito que as novas leituras do texto constitucional devem ser propostas. Nesta seção, trataremos do número de dirigentes com garantia de emprego, dos critérios para dissociação e desmembramento e das contribuições confederativa e assistencial.

Inicialmente, analisaremos o número de dirigentes sindicais que a jurisprudência reconhece como detentores da garantia de emprego. Como mencionado anteriormente, o entendimento consolidado do STF e do TST diferencia a composição da diretoria do sindicato com a quantidade de dirigentes com garantia de emprego e interpreta que o art. 522 da CLT se aplica em relação à segunda hipótese.

Compreendemos a questão de forma diversa. A jurisprudência, com ímpeto de frear eventuais abusos praticados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acolheu o critério de conceder a garantia de emprego a sete titulares e a sete suplentes da diretoria sindical. Contudo, ao proceder dessa forma, acabou por desconsiderar uma série de fatores que influenciam de maneira relevante esses casos.

Os Tribunais, ao admitirem que todo e qualquer sindicato possui em sua diretoria sete diretores e sete suplentes com garantia de emprego, criaram situações desproporcionais. É dispensado tratamento rigorosamente igual a um sindicato com base municipal e a um sindicato com base nacional. É realizada análise a partir dos mesmos parâmetros de sindicatos que representam categorias conexas ou similares com sindicatos que defendem os interesses de uma categoria específica. Utiliza-se o mesmo critério para se reconhecer a garantia de emprego de dirigentes de sindicatos cuja base municipal é circunscrita a um pequeno espaço territorial com outros em que a amplitude territorial engloba milhões de habitantes.

Portanto, verifica-se que a solução adotada para se disciplinar a garantia de emprego dos dirigentes sindicais não contempla a diversidade do contexto em que os sindicatos estão inseridos no Brasil. A resposta apresentada pelos Tribunais pode, em um primeiro momento, parecer moralizar eventuais excessos que tenham ocorrido em relação a essa matéria. Entretanto, ao não considerar

as diferenças territoriais e de representação existentes no país, criam regras que têm preocupação maior em não fixar obstáculos para que o empregador exerça o seu direito potestativo de dispensar o empregado, ao invés de centrar a análise na garantia reconhecida ao dirigente de representar positivamente os trabalhadores e à categoria de ter seus interesses defendidos de maneira adequada. Além disso, ignora os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que são diretrizes centrais da ciência jurídica.

Em nossa visão, o art. 522 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 por implicar interferência indevida nos sindicatos, o que viola o art. 8º, I, do texto constitucional. Toda a diretoria do sindicato deveria ter garantia de emprego, sendo que, caso o empregador vislumbrasse a ocorrência de abuso de direito, deveria recorrer ao Judiciário Trabalhista, em razão do art. 114, III, da Constituição, e pleitear a análise do caso, além de, eventualmente, a revisão do número de dirigentes sindicais da entidade profissional com garantia de emprego, com base no art. 187 do Código Civil.

No tocante aos critérios adotados para a realização de desmembramento de bases territoriais e de dissociação de categorias, predominou durante muito tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que observada a base territorial mínima municipal e a representação de categoria pautada no critério de identidade, poderia ocorrer a cisão de uma entidade sindical para a formação de uma nova organização. Trata-se do critério da especialização. Ainda, prevaleceu a noção da anterioridade para os casos em que existiam duas entidades que pretendiam representar a mesma categoria em base territorial igual. Essa postura da jurisprudência, especialmente em relação à especialização, possibilitou a pulverização sindical e contribuiu para a criação de sindicatos sem representatividade.

Cumprir pontuar o que se entende por representatividade sindical. Amauri Mascaro Nascimento entende que essa matéria está afeta à legitimidade, ao passo que a representação se relaciona com a legalidade<sup>62</sup>. De acordo com Marcus de Oliveira Kaufmann, “a representatividade sindical expressa, muito mais, a qualidade da representação formal sindical, a verdadeira legitimidade de se ter um porta-voz. Se a representação sindical está, enfim, próxima às bases representadas, mais legitimada estará a estrutura de representação formal, legal, instituída, no caso brasileiro, por lei, para aquele mister de representação. Por consequência, menos insegurança representativa haverá”<sup>63</sup>.

---

62 NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 242.

63 KAUFMANN, *op. cit.*, p. 118.



Nota-se que existem posicionamentos na jurisprudência trabalhista que rompem com utilização do critério da especialização e que passaram a analisar os casos de desmembramento e dissociação a partir do princípio da agregação sindical, que privilegia os sindicatos com maior representatividade. Contudo, pelo que se verificou dos julgados existentes, os critérios para se aferir a representatividade das entidades sindicais não são suficientes, pois partem da presunção de que possuem maior legitimidade os sindicatos mais abrangentes e mais antigos<sup>64</sup>.

A mudança de posicionamento sinalizada pelo TST é positiva, na medida em que o Poder Judiciário Trabalhista começa a julgar as cisões sindicais com preocupação na efetividade da ação sindical. Cumpre destacar que esse critério possui fundamento na legislação trabalhista, quando possibilita a dissociação de categoria que “ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente”, conforme o art. 571 da CLT<sup>65</sup>.

O único dispositivo legal que trata sobre representatividade sindical no Brasil é o art. 2º da Lei nº 11.648/08, que trata dos critérios para que uma central sindical seja reconhecida legalmente. Entendemos que o uso dos preceitos existentes nessa Lei, por analogia, aos conflitos que envolvam desmembramento ou dissociação não são adequados, tendo em vista que pretendem aferir a representatividade de uma entidade de âmbito nacional e de representação geral de trabalhadores, enquanto a maior parte das cisões versam sobre categorias baseadas em critérios de identidade, conexidade ou similitude ou acerca de bases municipais, intermunicipais ou estaduais.

Pode-se vislumbrar a possibilidade de aplicação analógica do inciso IV do art. 2º da Lei nº 11.648/08, que trata da exigência de filiação de 7% dos trabalhadores sindicalizados. Entretanto, tendo em vista o princípio da unicidade sindical, parece-nos que se utilizado o critério da porcentagem de trabalhadores associados, deve ser considerado como mais representativo o que possui o maior número de filiados.

Marcus de Oliveira Kaufmann propõe a adoção dos seguintes critérios cumulativos para aferição da representatividade sindical: (i) número de filia-

---

64 Nesse sentido: (i) AIRR 1335-20.2010.5.02.0003, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14.11.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 23.11.2012; (ii) RR 146140-90.2005.5.02.0472, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11.05.2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 20.05.2011; (iii) AIRR 719-89.2010.5.18.0006, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29.10.2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 31.10.2012.

65 Evidentemente que avaliação das condições indicadas no art. 571 da CLT não seria realizada pela Comissão de Enquadramento Sindical, que foi extinta com a Constituição Federal de 1988, mas pelo Poder Judiciário quando lhe fosse submetida demanda relacionada à divisão de entidades sindicais.

dos; (ii) qualidade dos serviços sociais fundados e mantidos; (iii) valor do patrimônio da entidade; (iv) comprovação de que tem condições de manter vida associativa regular e ação sindical eficiente; (v) demonstração de que tem condições de viver sem os valores relacionados à contribuição sindical; (vi) autorização da entidade que é desmembrada ou dissociada; (vii) previsão no estatuto da prevalência dos princípios democráticos a reger as decisões da entidade; e (viii) demonstração, por meio de pesquisas, acerca da manutenção da representatividade anteriormente auferida<sup>66</sup>.

Ainda, pode-se considerar a utilização de critérios para mensuração da representatividade de entidades sindicais existentes em outros ordenamentos jurídicos e aplicá-los, no que couber, nos casos de desmembramento e dissociação no Brasil para determinar o sindicato reconhecido pelo Estado como representante de uma determinada categoria em uma dada base territorial. Cumpre destacar que essa possibilidade possui fundamento no art. 8º, *caput*, da CLT, que prevê que nos casos em que inexistirem disposições legais que disciplinem determinada matéria, admite-se o uso do direito comparado para solucionar o caso.

Em relação à contribuição confederativa, entendemos que o posicionamento da jurisprudência foi correto em não considerá-la dotada de natureza tributária, de forma que fosse necessária a elaboração de lei para que fosse exigível e, conseqüentemente, todos os representados tivessem de pagá-la.

Primeiramente, a existência de uma outra contribuição compulsória para o financiamento do sistema sindical brasileiro reforçaria a violação à liberdade sindical já mencionada no tocante à imposição da contribuição sindical, fazendo com que os trabalhadores ou os empregadores que não fossem filiados aos sindicatos tivessem de custear duplamente entidades das quais não fazem parte.

Além disso, estabelecer uma nova contribuição compulsória que vincule necessariamente todos os representados pelos sindicatos faz com que o preceito democrático de que o financiamento seja provido apenas pelos associados se torne uma realidade cada vez mais improvável no Brasil.

Ainda, cabe mencionar que a diretriz adotada em relação à contribuição confederativa foi utilizada para a análise dos casos envolvendo a contribuição assistencial, que trata de um valor arrecadado a título de contribuir com as despesas das entidades sindicais no processo de negociação coletiva. Diante de uma conjuntura em que os efeitos da negociação coletiva são *erga omnes*, que a representação pela entidade não está vinculada à escolha pelos representados

---

66 KAUFMANN, *op. cit.*, p. 150-154.

## DOCTRINA

e que já existe uma contribuição para financiar os sindicatos, estabelecer a contribuição assistencial como compulsória parece-nos abusivo.

Em um contexto em que a ratificação da Convenção nº 87 da OIT não se mostra plausível no curto prazo, uma medida de grande valia para democratizar as relações coletivas de trabalho seria a revogação da contribuição sindical e a disciplina da contribuição assistencial, como prevê o art. 7º da Lei nº 11.648/08. Nesse caso, o valor seria definido em assembleia geral em que fossem asseguradas a participação com direito a voz e voto de todos os representados pela entidade sindical e o exercício do direito de oposição a partir de parâmetros razoáveis.

A modificação na forma de financiamento do sistema sindical, que estaria vinculada à celebração de um acordo ou de uma convenção coletiva de trabalho, seria benéfica por três motivos: (i) induziria as entidades sindicais a utilizarem a via negocial como forma de pacificação dos conflitos coletivos de trabalho, fazendo com que os dissídios coletivos fossem instaurados com uma frequência menor; (ii) constituiria mais um elemento de estímulo para que os instrumentos negociais firmados beneficiassem os representados; (iii) permitiria que os trabalhadores e os empregadores influíssem e opinassem diretamente no valor que seria pago às entidades representantes.

Entendemos que se forma um círculo virtuoso: as entidades sindicais passariam a insistir no processo negocial e a buscar entendimentos que fossem mais vantajosos para os seus representados enquanto os trabalhadores e os empregadores, independentemente da filiação, teriam o poder de intervenção na definição acerca da existência da contribuição a ser paga e na definição do valor, sendo que o resultado da negociação coletiva certamente influenciaria a formação da convicção dos representados. Além disso, a criação de sindicatos de carimbo<sup>67</sup>, fundados apenas para o recolhimento da contribuição sindical, sofreria grande impacto, na medida em que a arrecadação da contribuição assistencial dependeria de uma ação sindical que implicasse ganhos para os representados.

Finalmente, cumpre destacar que a abolição da contribuição sindical do ordenamento jurídico brasileiro e a regulamentação da contribuição assistencial nos termos colocados aproximaria o nosso sistema sindical do conceito de liberdade sindical estabelecido pela OIT. Pode-se fazer essa afirmação a partir da leitura conjugada dos §§ 480, 364 e 365 da Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração

---

67 KAUFMANN, *op. cit.*, p. 129.

## DOCTRINA

da OIT: “Quando uma legislação aceita cláusulas de segurança sindical, como a dedução de cotas sindicais de não filiados que se beneficiam da contratação coletiva, tais cláusulas apenas devem ser efetivas por meio de convênios coletivos”<sup>68</sup> (§ 480); “a admissibilidade de cláusulas de segurança sindical em acordos coletivos foram deixadas à discricção dos Estados ratificantes, como indicam os trabalhos preparatórios da Convenção nº 98”<sup>69</sup> (§ 364); e “problemas relacionados com as cláusulas de segurança sindical devem ser resolvidos no âmbito nacional, em conformidade com a prática nacional e com o sistemas de relações de trabalho de cada país. Em outras palavras, ambas as situações, nas quais as cláusulas de segurança sindical são admitidas e aquelas em que são proibidas podem ser consideradas em conformidade com os princípios da OIT e os padrões de liberdade sindical”<sup>70</sup> (§ 365).

## CONCLUSÃO

O estado da arte do modelo sindical brasileiro atualmente é dúbio: se por um lado, apresenta preceitos democráticos, introduzidos com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por outro, nota-se a manutenção de importantes pilares do edifício corporativista implementado por Getúlio Vargas a partir da década de 1930.

A presente conjuntura política não nos permite vislumbrar a ratificação da Convenção nº 87 da OIT no curto prazo, seja pela falta de consenso do movimento sindical sobre a matéria, seja pela pouca importância dada pelo Governo Federal nas questões que tratam das relações coletivas de trabalho.

Apesar desse diagnóstico, entendemos que existem mecanismos que podem ser incorporados e adotados para dar continuidade à transição incompleta iniciada em 1988 sem a operação de grandes mudanças no texto constitucional: (i) uma interpretação sobre o número de dirigentes sindicais com garantia de emprego mais consentânea com o princípio da liberdade sindical, (ii) uma análise dos casos de desmembramento territorial e de dissociação de categorias que leve em consideração indicadores de representatividade dos sindicatos; e (iii) a revogação da contribuição sindical e a regulamentação da contribuição assistencial.

Nos dois primeiros casos não haveria necessidade de nenhuma alteração legal, tendo em vista que as propostas realizadas tratam de sugestões para altera-

68 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 100.

69 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 77.

70 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *op. cit.*, p. 77.

## DOCTRINA

ção no entendimento jurisprudencial sobre as matérias. O terceiro caso envolve modificações legislativas previstas na lei que reconheceu as centrais sindicais.

Se a implementação das três propostas realizadas não permite que nosso sistema sindical se harmonize por completo com a Convenção nº 87 da OIT, trata-se de um passo em direção aos preceitos da liberdade sindical. As propostas de mudança do modelo sindical brasileiro realizadas desde 1988, por envolverem majoritariamente a mudança de toda a estrutura existente, acabaram por não prosperar. Em razão disso, entendemos que a propositura de reformas pontuais pode ser mais efetiva para que, aos poucos, o sistema sindical brasileiro caminhe para um modelo de liberdade sindical plena.

As complexidades encontradas nas tratativas sobre as propostas de alteração do modelo sindical brasileiro não devem fazer com que se deixem de lado os debates que envolvam o tema, dada a importância que as relações coletivas de trabalho possuem para o direito do trabalho. Da mesma forma, tais dificuldades devem ser encaradas com parte do processo democrático, tendo em vista que a participação dos atores sociais é fundamental nessas discussões e se relaciona com a noção de tripartismo, que é um dos pilares da OIT, adotada pelo Brasil em diversos fóruns de discussão das relações de trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista? *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 1, jan. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition. Geneva: ILO, 2006.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade. *Revista do TST*, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010.

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

MAGANO, Octavio Bueno. *Organização sindical brasileira*. São Paulo: RT, 1982.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.

OLIVEIRA, Francisco de. O ornitorrinco. In: *Crítica à razão dualista/O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.

## DOUTRINA

ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, Antônio Álvares da. *Corporativismo consumado*. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37\\_corporativismo\\_consumado.pdf](http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/37_corporativismo_consumado.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2013.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização. *Revista do TST*, Brasília, v. 69, n. 2, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. *et al.* Reforma sindical: o problema das centrais sindicais. *48º Jornal do Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# A TERCEIRIZAÇÃO COMO REGRA?

Ricardo Antunes\*

Graça Druck\*\*

## INTRODUÇÃO

O capitalismo, em suas décadas mais recentes, vem apresentando um movimento tendencial em que terceirização, informalidade, precarização, materialidade e imaterialidade são mecanismos vitais, tanto para a preservação quanto para a ampliação da sua lógica.

Em plena eclosão da mais recente crise global, a partir de 2007/2008, esse quadro se intensificou ainda mais e nos faz presenciar uma corrosão ainda maior do trabalho contratado e regulamentado, que foi dominante ao longo do século XX, de matriz tayloriano/fordista, e que vem sendo substituído pelos mais distintos e diversificados modos de terceirização, informalidade e precarização, ampliando os mecanismos de extração do sobretrabalho em tempo cada vez menor.

Como o tempo e o espaço estão em frequente mutação, nessa fase de mundialização do capital, estamos presenciando uma explosão de novas modalidades de trabalho, tanto na indústria quanto na agricultura e nos serviços.

Assim, a informalidade deixa de ser a exceção para tendencialmente tornar-se a regra e a precarização passa a ser o centro da dinâmica do capitalismo flexível, se não houver contraposição forte a este movimento tendencial de escala global.

---

\* Professor titular de Sociologia do Trabalho no IFCH/UNICAMP; autor, dentre outros livros, de “Os Sentidos do Trabalho” (12ª edição, revista e ampliada, Boitempo, publicado também nos EUA, Inglaterra/Holanda, Itália e Argentina), “Adeus ao Trabalho?” (15ª edição, revista e ampliada, Ed. Cortez, publicado também na Itália, Espanha, Argentina, Venezuela e Colômbia); e “Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil”, Vol. I e II, (organização, Boitempo); coordena as coleções “Mundo do Trabalho” (Boitempo) e “Trabalho e Emancipação” (Ed. Expressão Popular); colabora em revistas acadêmicas no país e exterior.

\*\* Professora do Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia; pesquisadora do CRH/UFBA e do CNPq; estudiosa na área de sociologia do trabalho, autora do livro “Terceirização: Desfordizando a Fábrica” (Ed. Boitempo e Edufba) e coorganizadora do livro “A Perda da Razão Social do Trabalho: Terceirização e Precarização” (Ed. Boitempo).

O texto que segue é, portanto, uma contribuição da sociologia crítica do trabalho visando uma compreensão mais profunda dos significados deste movimento, em especial procurando uma melhor compreensão da chamada terceirização.

Começemos por sua expansão recente. Qual foi a contextualidade histórica que permitiu sua expansão?

### A REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA GLOBAL E A ACUMULAÇÃO FLEXÍVEL

A crise do padrão de acumulação taylorista/fordista, que aflorou no fim dos anos 1960 e início dos anos 1970, fez com que o capital desencadeasse um amplo processo de reestruturação produtiva, visando à recuperação do seu ciclo reprodutivo e, ao mesmo tempo, repor seu projeto de hegemonia, que fora então confrontado pelas forças sociais do trabalho que, especialmente em 1968, questionaram alguns dos pilares da sociedade do capital e de seus mecanismos de controle social (ANTUNES, 2010).

O capital deflagrou, então, várias transformações no próprio processo produtivo, através da constituição das formas de acumulação flexível, do *downsizing*, das formas de gestão organizacional, do avanço tecnológico, dos modelos alternativos ao binômio taylorismo/fordismo, nos quais se destaca especialmente o “toyotismo” ou o modelo japonês.

Opondo-se à contra-hegemonia que florescia nas lutas sociais oriundas do trabalho, buscando recuperar seu projeto de dominação societal, o capital deslanchou os processos de acumulação flexível (HARVEY, 1992), com base nos exemplos da Califórnia, Norte da Itália, Suécia, Alemanha, dentre tantos outros, com destaque para o chamado toyotismo ou o modelo japonês, que se expandiu e se ocidentalizou, a partir dos anos 1980, em escala global, tendo enormes consequências no mundo do trabalho, através da chamada *liofilização organizativa* da “empresa enxuta”.

Em seus traços mais gerais, é possível dizer que o padrão de *acumulação flexível* articula um conjunto de elementos de *continuidade* e de *descontinuidade*, que acabam por conformar algo *relativamente* novo e bastante distinto do padrão taylorista/fordista de acumulação.

Ele se fundamenta num padrão produtivo organizacional inspirado na experiência japonesa no pós-guerra e associado ao avanço tecnológico, resultado da introdução de técnicas de gestão da força de trabalho próprias da fase informacional, bem como da introdução ampliada dos computadores no



processo produtivo e de serviços. Desenvolve-se em uma estrutura produtiva mais *flexível*, através da desconcentração produtiva, das redes de subcontratação (empresas terceirizadas), do trabalho em equipe, do salário flexível, das “células de produção”, dos “times de trabalho”, dos grupos “semiautônomos”, além de exercitar, ao menos no plano discursivo, o “envolvimento participativo” dos trabalhadores. O “trabalho polivalente”, “multifuncional”, “qualificado”, combinado com uma estrutura mais horizontalizada e integrada entre diversas empresas, inclusive nas empresas terceirizadas, tem como finalidade a redução do tempo de trabalho. Mais recentemente, as práticas das “metas”, das “competências”, realizadas pelos “colaboradores”, tornou-se a regra no ideário empresarial.

Reengenharia, *lean production*, *team work*, eliminação de postos de trabalho, aumento da produtividade, qualidade total, envolvimento, terceirização ampliada, tudo isso passa a integrar a pragmática da empresa flexível. Como paralelo, vale a referência: se no apogeu do taylorismo/fordismo a pujança de uma empresa mensurava-se pelo número de operários que nela exerciam sua atividade laborativa – a era do operário-massa –, pode-se dizer que na era da acumulação flexível e da “empresa enxuta” são merecedoras de destaque as empresas que mantém menor contingente de trabalhadores e, apesar disso, aumentam seus índices de produtividade.

Os resultados são alarmantes em relação ao mundo do trabalho: desregulamentação dos direitos do trabalho em escala global; terceirização da força de trabalho nos mais diversos setores e ramos produtivos e de serviços; derrota do sindicalismo autônomo e sua conversão num sindicalismo de parceria, mais negocial e menos conflitivo.

De modo sintético, podemos dizer que o toyotismo e a empresa flexível se diferenciam do fordismo basicamente nos seguintes traços<sup>1</sup>:

1) é uma produção diretamente vinculada à demanda, diferenciando-se da produção em série e de massa do taylorismo/fordismo;

2) depende do trabalho em equipe, com multivariabilidade de funções, rompendo com o caráter parcelar típico do fordismo;

3) ela se estrutura num processo produtivo flexível, que possibilita ao operário operar *simultaneamente* várias máquinas, diferentemente da relação homem/máquina em que se baseava o taylorismo/fordismo;

---

1 Ver, sobre o toyotismo: ANTUNES, 2010 e 2013; DRUCK, 1999; GOUNET, 1999; SHIMIZU, 1994; ICHIYO, 1995; CORIAT, 1991; SAYER, 1986; KAMATA, 1985.

## DOCTRINA

4) tem como princípio o *just in time*, isto é, a produção deve ser efetivada no menor tempo possível;

5) desenvolve-se o sistema de *kanban*, senhas de comando para reposição de peças e de estoque, uma vez que no toyotismo os estoques são os menores possíveis, em comparação ao fordismo;

6) as empresas do complexo produtivo toyotista têm uma estrutura horizontalizada, ao contrário da verticalidade fordista. Enquanto na fábrica fordista aproximadamente 75% da produção era realizada no seu interior, a fábrica toyotista é responsável por somente 25% e a terceirização/subcontratação passa a ser central na estratégia patronal. Essa *horizontalização* estende-se às subcontratadas, às firmas “terceirizadas”, *acarretando a expansão dos métodos e procedimentos para toda a rede de subcontratação*. E essa tendência vem se intensificando ainda mais e nos dias atuais, nos quais a empresa flexível defende e implementa a terceirização não só das atividades-meio, mas também das atividades-fim;

7) desenvolve a criação de círculos de controle de qualidade (CCQs), visando a melhoria da produtividade das empresas e permitindo às empresas apropriar-se do *savoir faire* intelectual e cognitivo do trabalho, que o fordismo desprezava.

Desse modo, flexibilização, terceirização, subcontratação, círculo de controle de qualidade total, *kanban*, *just in time*, *kaizen*, *team work*, eliminação do desperdício, “gerência participativa”, sindicalismo de empresa, entre tantos outros pontos, tornaram-se dominante no universo empresarial.

Inspirando-se inicialmente na experiência do ramo têxtil, no qual o trabalhador operava simultaneamente várias máquinas e também na experiência dos supermercados dos EUA, que originaram o *kanban*, o toyotismo e mais amplamente a empresa flexível aumentaram significativamente a produtividade do trabalho, uma vez que os trabalhadores operam simultaneamente com várias máquinas diversificadas, com maior ritmo e velocidade da cadeia produtiva, além da decisiva apropriação das atividades *intelectuais* do trabalho, interagindo com um maquinário automatizado, informatizado e digitalizado, que possibilitou a retomada do ciclo de valorização do capital em detrimento dos direitos do trabalho, que passaram a sofrer um significativo processo de erosão e corrosão. E esse processo foi responsável pela acentuação das formas de precarização do trabalho (ICHIYO, 1995, p. 45-46; GOUNET, 1991, p. 41; CORIAT, 1992, p. 60; ANTUNES, 2013, p. 27-28). O entendimento cuidadoso

dessa tendência à informalidade nos leva a buscar uma melhor compreensão da chamada terceirização.

Uma fenomenologia preliminar dos *modos de ser* da precarização demonstra a ampliação acentuada de trabalhos submetidos a sucessivos contratos temporários, sem estabilidade, sem registro em carteira, trabalhando dentro ou fora do espaço produtivo das empresas, quer em atividades mais instáveis ou temporárias, quando não na condição de desempregado<sup>2</sup>. Crescentemente, a busca da “racionalidade instrumental” do capital vem impulsionando as empresas à flexibilização das relações de trabalho, da jornada, da remuneração, reintroduzindo novas relações e formas de trabalho que frequentemente assumem feição informal.

A substituição do trabalho contratado e regulamentado, dominante no século XX e sua substituição pelas modalidades *atípicas* de trabalho, como o “empreendedorismo”, “cooperativismo”, “trabalho voluntário”, etc., cada vez mais parecem se configurar como formas ocultas de trabalho que permitem aumentar ainda mais as distintas formas de flexibilização salarial, de horário, funcional ou organizativa (ANTUNES, 2013a).

É nesse quadro, marcado por um processo tendencial de precarização estrutural do trabalho, em amplitude global, que a Europa e os EUA são exemplos – que os capitais transnacionais estão exigindo também o desmonte da legislação social protetora do trabalho nos mais distintos países. Flexibilizar a legislação social do trabalho significa, é imperioso dizer, quando se toma a sociologia do trabalho realizada com rigor, que estão se ampliando as formas de precarização e destruição dos direitos sociais que foram arduamente conquistados pela classe trabalhadora, desde o início da Revolução Industrial, na Inglaterra, e especialmente pós-1930, quando se toma o exemplo brasileiro (*idem*).

Estamos, portanto, frente a uma nova fase de desconstrução do trabalho sem precedentes em toda a era moderna, ampliando os diversos modos de ser da informalidade e da precarização do trabalho, que revelam um processo de metamorfose da velha e histórica precariedade. A informalidade não é sinônimo de precariedade, mas a sua vigência expressa formas de trabalho desprovido de direitos e, por isso, encontra clara sintonia com a precarização. Apontar suas conexões, suas inter-relações e suas vinculações torna-se, entretanto, imprescindível. Se no século XX presenciamos a vigência da *era da degradação do*

---

2 Em *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil* (v. I e II) há um desenho amplo das características principais da informalidade, bem como das diferentes dimensões do processo de precarização no Brasil (ANTUNES, 2006 e 2013).

*trabalho*, nas últimas décadas do século XX e início do XXI estamos defronte a novas modalidades e modos de ser da precarização, da qual a *terceirização* tem sido um de seus elementos mais decisivos.

### A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

No quadro mais geral da dinâmica da acumulação flexível, a precarização social contemporânea do trabalho se torna o centro das transformações produtivas do capitalismo em suas várias dimensões. Nesta última década no Brasil, o crescimento e a difusão da terceirização a reafirma como uma modalidade de gestão, organização e controle do trabalho num ambiente comandado pela lógica da acumulação financeira, que, no âmbito do processo de trabalho, das condições de trabalho e do mercado de trabalho, *exige total flexibilidade em todos os níveis*, instituindo um novo tipo de precarização que passa a dirigir a relação capital-trabalho em todas as suas dimensões. E, num quadro em que a economia está comandada pela lógica financeira sustentada no curtíssimo prazo, as empresas do setor industrial buscam garantir seus altos lucros, exigindo e transferindo aos trabalhadores a pressão pela maximização do tempo, pelas altas taxas de produtividade, pela redução dos custos com o trabalho e pela “volatilidade” nas formas de inserção e de contratos. É o que sintetiza a terceirização, que, como nenhuma outra modalidade de gestão, garante e efetiva essa “urgência produtiva” determinada pelo processo de financeirização ao qual estão subordinados todos os setores de atividade, já que são também agentes e sócios acionistas do capital financeiro (DRUCK, 2011).

No plano do mercado de trabalho, no qual se estabelecem as relações de compra e venda da força de trabalho, as formas de inserção, os tipos de contrato, os níveis salariais, as jornadas de trabalho, definidos por legislação ou por negociação, expressam um recrudescimento da mercantilização, no qual o capital reafirma a força de trabalho como mercadoria, subordinando os trabalhadores a uma lógica em que a flexibilidade, o descarte e a superfluidez são fatores determinantes para um grau de instabilidade e insegurança no trabalho, como nunca antes alcançado. Assim, a terceirização assume centralidade na estratégia patronal, já que as suas diversas modalidades (tais como cooperativas, *pejotização*, organizações não governamentais, além das redes de subcontratação) concretizam “contratos” ou formas de compra e venda da força de trabalho, nos quais as relações sociais aí estabelecidas entre capital e trabalho são disfarçadas ou travestidas em relações interempresas/instituições, além do estabelecimento de contratos por tempo determinado, flexíveis, de acordo com os ritmos produtivos das empresas contratantes e as quase sempre

imprevisíveis oscilações de mercado que desestruturam o trabalho, seu tempo e até mesmo a sua sobrevivência.

No âmbito do processo e organização do trabalho, as mudanças nas políticas de gestão, inspiradas no toyotismo e na acumulação flexível, conforme já referido, tem como uma das principais práticas o uso da terceirização.

No caso brasileiro, constata-se uma verdadeira epidemia nas últimas duas décadas, que contaminou a indústria, os serviços, a agricultura, o serviço público, generalizando-se também não só para as chamadas atividades-meio, mas também para as atividades-fim. Nesse campo – da organização do trabalho –, se evidencia, através da terceirização, condições de trabalho e salariais que definem trabalhadores de primeira e segunda categorias, como porta para o trabalho análogo ao de escravo, e em que a discriminação se dá não apenas por parte da empresa contratante, mas também entre os próprios trabalhadores contratados diretamente e os chamados “terceiros”, cuja denominação já revela a distinção ou a condição aparte, de fora, externa. As diferenças entre uns e outros se explicitam no tipo de treinamento, que, em geral, é menor para os terceirizados, no acesso limitado às instalações da empresa (a exemplo de refeitórios e vestiários), nas revistas na entrada e saída da empresa, nas jornadas mais extensas, na intensificação do trabalho, na maior rotatividade, nos salários menores, nas mais arriscadas condições de (in)segurança, dentre outras.

Essas condições mais precárias de trabalho determinam uma outra dimensão, que também expressa a discriminação e a inferioridade dos trabalhadores subcontratados, que é o campo da saúde e segurança no trabalho, pois todas as diferenças referidas anteriormente têm graves implicações sobre as situações de riscos a que são submetidos esses trabalhadores. O adoecimento ocupacional padece de um acompanhamento regular, dada a instabilidade e rotatividade dos terceirizados que “saltam” de uma para outra empresa ou mesmo setor de atividade, impedindo de se identificar o tipo de ambiente de trabalho que gerou o adoecimento e dificultando, desta forma, o nexos causal entre a doenças e o trabalho. Ao lado do adoecimento, os acidentes de trabalho são, invariavelmente, em maior número entre os trabalhadores terceirizados, assim como as estatísticas sobre vítimas fatais indicam um índice maior entre eles (SELIGMANN-SILVA, 1994; FRANCO, 2003; DRUCK, 2011; SAMPAIO, 2000; DIEESE-CUT, 2011).

No que se refere ao coletivo de trabalhadores, a terceirização fragmenta, divide, aparta, desmembra as identidades coletivas, individualiza e cria concorrência entre os que trabalham muitas vezes no mesmo local, nas mesmas funções, mas estão separados de fato e simbolicamente pelo crachá diferente

e pelos diferentes uniformes, que identificam os de primeira e de segunda categoria<sup>3</sup>.

Um *apartheid* que tem implicação direta sobre a potencialidade da ação coletiva e sindical, como um outro campo do trabalho, à medida que a terceirização impõe uma pulverização dos sindicatos, ocorrendo muitas vezes que numa mesma empresa os diferentes setores terceirizados, a exemplo da limpeza, vigilância, alimentação, manutenção, etc., congregam trabalhadores que estão enquadrados e representados por diferentes sindicatos.

Por fim, uma sexta dimensão da precarização do trabalho revelada pela terceirização: trata-se de como ela encobre e oculta as relações de trabalho entre a empresa contratante e os trabalhadores subcontratados, intermediadas por uma terceira, seja na forma de empresa, cooperativa, PJ (empresa do eu sozinho), ONG, se eximindo da responsabilidade formal pelos trabalhadores e, desta forma, burlando a legislação trabalhista, seja no claro descumprimento ao Enunciado nº 331 ou na transferência dos custos do trabalho (dos direitos sociais e trabalhistas regidos pela CLT) para a terceira que frequentemente está ali intermediando a contratação dos trabalhadores, pois é a empresa contratante que de fato gere, organiza e controla o processo de trabalho dos terceirizados.

Nesse último campo ou dimensão, trata-se da regulação dos direitos trabalhistas, na qual o Estado e as instituições que operam o direito do trabalho no Brasil (Auditores fiscais do trabalho, Promotores do Ministério Público do Trabalho e Juízes da Justiça do Trabalho) cumprem um papel essencial para assegurar o respeito à CLT e outros instrumentos de regulação, ou seja, tem a função de manter vivo o direito do trabalho, que tem por objetivo colocar limites ao processo de exploração capitalista do trabalho diante da relação assimétrica e desigual entre empresários e empregados. E é isso que está sendo colocado em xeque hoje em nosso país, através do Projeto de Lei nº 4.330, que propõe a total liberalização da terceirização, proposto e defendido pelo empresariado, bem como as 101 propostas para modernização trabalhista da Confederação Nacional da Indústria, que, em síntese, defende o fim da CLT.

---

3 Em pesquisa nas empresas petroquímicas e químicas na Bahia, onde foram entrevistados 358 trabalhadores diretamente contratados por 52 empresas do setor, em 2000, revela-se como a terceirização é vista pelos trabalhadores desse segmento industrial. Perguntados se gostariam de ser terceirizados, 93% responderam que não. Dentre esses, as principais justificativas para não ser terceirizado foram: para 47%, é a perda de direitos, de benefícios, de recompensa e de salários. Para 11%, é instabilidade e insegurança; e, para 7%, faltam condições de trabalho. Os demais entrevistados indicaram motivos diversos, que podem ser sintetizados em: discriminação, desvalorização e humilhação. Relatório da Pesquisa Campanha Salarial 2000, Sindicato dos Químicos e Petroleiros e Centro de Recursos Humanos/UFBA.

## UMA BREVE RADIOGRAFIA DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

As pesquisas mais recentes sobre terceirização, em várias regiões do Brasil, têm chegado, invariavelmente, aos mesmos resultados, confirmando uma epidemia sem controle<sup>4</sup>.

Conforme observado por Druck e Franco (2007), nos anos 2000, a terceirização cresceu em todas as direções, destacadamente no setor público e nas empresas estatais. No caso do setor privado, atingiu as áreas nucleares das empresas e passou a usar novas modalidades, a exemplo das cooperativas, das empresas *pejotizadas* e do trabalho em domicílio, também chamado de teletrabalho. Os diversos setores pesquisados nestes anos, como bancários, *telemarketing*, petroquímico, petroleiro, além das empresas estatais e privatizadas de energia elétrica, comunicações, assim como nos serviços públicos de saúde, revelam, além do crescimento da terceirização, as múltiplas formas de precarização dos trabalhadores terceirizados em todas estas atividades: nos tipos de contrato, na remuneração, nas condições de trabalho e de saúde e na representação sindical.

É sabido que não há estatísticas precisas sobre a terceirização no Brasil, dada a dificuldade de captá-las junto às empresas, mas o Dieese, através da PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego, estimou, para as principais regiões metropolitanas, que, em 2009, 11,6% dos empregados urbanos eram subcontratados em serviços terceirizados e autônomos que trabalhavam para empresas. Em estudo mais recente (DIEESE-CUT, 2011), registrava que em 2010 os setores “tipicamente terceirizados” correspondiam a 25,5% dos empregos formais no Brasil. Nesse mesmo estudo, um conjunto de indicadores revela as desigualdades entre trabalhadores terceirizados e os demais, pois a remuneração dos empregados em setores tipicamente terceirizados é 27,1% menor do que a dos demais empregados; a jornada de trabalho é de três horas a mais para os terceirizados; o tempo de permanência no emprego é 55,5% menor do que o dos demais empregados; e a taxa de rotatividade nas empresas tipicamente terceirizadas é de 44,9%, enquanto nas demais empresas é de 22,0%.

Para o Estado de São Paulo, Pochmann (2012) mostra a evolução do número de trabalhadores formais em atividades tipicamente terceirizáveis, que salta de 110 mil em 1995 para mais de 700 mil em 2010. No período 1996-2010 o crescimento médio anual do emprego formal terceirizado foi de 13,1% ao ano e de 12,4% o aumento médio anual do número de empresas.

---

4 Ver o amplo leque de pesquisas sobre diversos ramos de atividade em: ANTUNES, 2006 e 2013. Ver também: POCHMANN, 2012; DIEESE-CUT, 2011; FILGUEIRAS, 2012; SOUZA, 2012.

## DOCTRINA

Em pesquisa realizada no Polo Petroquímico de Camaçari, na Bahia<sup>5</sup>, em 2004, essas tendências também se confirmaram, pois houve a difusão e generalização da terceirização para todas as áreas de atividade das empresas; cresceu a proporção de trabalhador terceirizado/subcontratado por trabalhador contratado diretamente: para 10 empresas que forneceram essas informações, se constatou a relação de 63,7% de trabalhadores terceirizados contra apenas 36,3% de trabalhadores contratados diretamente; houve a diversificação e implementação de novas modalidades, encontrando-se: empresas prestadoras de serviços especializados não industrial, locadoras de mão de obra, cooperativas, prestador de serviços/firma individual (empresa filhote) e ONG/Entidades sem Fins Lucrativos; e para um subconjunto de seis empresas que forneceram informações sobre remuneração de trabalhadores contratados e terceirizados, o custo do trabalhador subcontratado varia de 1,4 a 5 vezes menor do que o do trabalhador contratado.

No que concerne às condições de saúde e segurança no trabalho, as informações de estudos de casos revelam o quanto os terceirizados estão mais vulneráveis, dadas as condições mais precárias de trabalho, nas quais o grau de riscos e de acidentes têm sido maiores. É o caso de setores estratégicos e também considerados como perigosos, como o de energia elétrica, extração e refino de petróleo e siderurgia. Um estudo da subseção do Dieese do Sindieletrô Minas Gerais realizado em 2010, com base em dados da Fundação Coge, revelou que entre 2006 e 2008 morreram 239 trabalhadores por acidente de trabalho, dentre os quais 193, ou 80,7%, eram trabalhadores terceirizados. A taxa de mortalidade média entre os trabalhadores diretos no mesmo período foi de 15,06%, enquanto que entre trabalhadores terceirizados foi de 55,53% (DIEESE, 2011).

Para o caso da Petrobras, dados da FUP – Federação Única dos Petroleiros da CUT – mostram que de 1995 até 2010 foram registradas 283 mortes por acidentes de trabalho, das quais 228 ocorreram com trabalhadores terceirizados. Números que, se por um lado, expressam a proporção entre trabalhadores contratados diretamente pela empresa e o número de terceirizados, em 2012 era de quatro terceirizados para cada funcionário efetivo<sup>6</sup>, por outro, revelam também que há diferenças nos tipos de treinamento, nas políticas de segurança e saúde e nas jornadas de trabalho, que variam de acordo com o “crachá” da empresa<sup>7</sup>.

5 Ver análise apresentada em: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (2007).

6 De acordo com o Relatório de Sustentabilidade (PETROBRAS, 2012, p. 160), a estatal contava com 85.065 empregados e 360.372 terceirizados.

7 Conforme depoimentos de dirigentes sindicais: “É bem conhecida pelo conjunto dos trabalhadores a desigualdade das condições de segurança nas empresas da categoria (...). Frequentemente os tercei-



## DOCTRINA

O crescimento da terceirização na Eletrobras também é alarmante, em 2011 haviam 8.248 terceirizados e em 2012 subiram para 12.815, 55% em um ano, enquanto o número de empregados cresceu apenas 13%<sup>8</sup>.

Em contraposição ao discurso empresarial que justifica a terceirização como parte da modernização das empresas na era da globalização, como expressão da especialização e focalização dos negócios, as investigações de instituições acadêmicas e sindicais, assim como os registros de experiências e estudos de operadores do direito do trabalho no Brasil, atestam que as empresas terceirizam porque realizam a transferência de riscos para os trabalhadores, se desobrigando em relação aos direitos trabalhistas, em nome da redução de custos. Assim, transfere para uma terceira a responsabilidade pelo cumprimento da legislação do trabalho, enquanto a gestão do processo do trabalho é feita, em geral, pela própria tomadora; ou seja, esta repassa a responsabilidade legal, mas não a gestão. Isso explica o número de processos na Justiça do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho contra as empresas tomadoras, conforme justificativa do edital de convocação da Audiência Pública sobre Terceirização convocada pelo TST, em 2011.

Em síntese, a terceirização é o fio condutor da precarização do trabalho no Brasil, e se constitui num fenômeno onnipresente em todos os campos e dimensões do trabalho, pois é uma prática de gestão/organização/controle que discrimina, ao mesmo tempo em que é uma forma de contrato flexível e sem proteção trabalhista, é também sinônimo de risco de saúde e de vida, responsável pela fragmentação das identidades coletivas dos trabalhadores, com a intensificação da alienação e da desvalorização humana do trabalhador, assim como é um instrumento de pulverização da organização sindical, que incentiva a concorrência entre os trabalhadores e seus sindicatos, e ainda a terceirização põe um “manto de invisibilidade” dos trabalhadores na sua condição social, como facilitadora do descumprimento da legislação trabalhista, como forma ideal para o empresariado não ter limites (regulados pelo Estado) no uso da força de trabalho e da sua exploração como mercadoria.

---

rizados, embora em uma mesma planta industrial, por vezes desenvolvendo as atividades com maior exposição ao risco, estão completamente desprotegidos coletiva e individualmente. Quando da ocorrência de acidentes, tem sido habitual a omissão das empresas principais contratantes, alegando que não têm nada a ver com o trabalhador e que o contrato é de serviço e não de pessoal. (...) O número de vítimas é crescente entre os trabalhadores terceirizados” (SINDIQUÍMICA, 2001, p. 7 *apud* DRUCK; FRANCO, 2007).

8 Segundo Relatório Anual e de Sustentabilidade (Eletrobras, 2012, p. 184).

### O PROJETO DE LEI Nº 4.330: A TERCEIRIZAÇÃO COMO REGRA?

Mais recentemente, a inexistência de uma legislação específica que limite ou proíba a terceirização tem sido debatida numa perspectiva de sua total liberalização. Está para ser votado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, que dispõe sobre o contrato de prestação de serviços a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes, de autoria do deputado Sandro Mabel, empresário do setor de alimentação.

O Enunciado nº 331, de 1993, do Tribunal Superior do Trabalho, apesar de colocar alguns limites, ainda é impotente para balizar os julgamentos das diversas modalidades de terceirização e não tem impedido o seu brutal crescimento nestes últimos 17 anos, mesmo que, em algumas situações pontuais, tenha propiciado a condenação de empresas públicas, privadas e a administração direta do Estado.

No que se refere à atuação do poder público, especialmente o Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), através da fiscalização dos auditores do trabalho, inúmeras são as notícias sobre os processos, as condenações e sanções em curso nessas instituições que envolvem a terceirização, quando considerada ilícita (de acordo com o Enunciado nº 331).

No caso do MPT, há uma definição de setores/empresas prioritárias a serem investigadas, que toma por base as denúncias de trabalhadores e de suas entidades de representação. Nos últimos anos são os centros industriais mais importantes em cada região do país que têm sido objeto de denúncia e investigação, como é o caso das siderúrgicas e da terceirização do processo produtivo de carvão e reflorestamento em Minas Gerais. Nos últimos oito anos, o órgão ajuizou 23 ações civis públicas contra cerca de 40 empresas da área. No interior de São Paulo, que abrange 599 municípios, o MPT da 15ª Região propôs 24 ações civis públicas e firmou 104 Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) nos últimos dois anos. Os municípios de Campinas, São José dos Campos e São Carlos, que abrigam diversas multinacionais, foram alvo das principais ações.

Na Bahia, o Polo Petroquímico de Camaçari tem sido objeto de investigação e, desde 2008 até o início de 2010, o MPT firmou 23 TACs com empresas e ajuizou seis ações (RAMIRES, 2010). Em 2008, o órgão ajuizou ação civil pública contra a Empresa Baiana de Águas e Saneamento S/A (Embasa) por terceirizar mão de obra para a prestação de serviços ligados à sua atividade-fim. A Justiça do Trabalho julgou procedente a ação e determinou a realização de concurso público para a contratação de mão de obra no prazo máximo de 15 dias, indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 400 mil e, em caso

## DOCTRINA

de descumprimento das obrigações, multa diária de R\$ 5 mil, por trabalhador encontrado em situação irregular (TRT5.jus.br).

No âmbito das fiscalizações do Ministério do Trabalho, são encontradas as mesmas tendências, isto é, a terceirização ilícita: via intermediação de mão de obra, contratação de empresas fantasmas e atividades nucleares desenvolvidas por trabalhadores terceirizados sob a gerência da contratante.

Quando se analisam as decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-BA), encontram-se, para a região da Bahia, 61 processos com sentenças definidas somente em 2010, contra 53 em 2009, 48 em 2008 e 44 em 2007<sup>9</sup>.

Mais recentemente, em agosto de 2010, o Tribunal de Contas da União (TCU) recomendou o fim da contratação de terceirizados nas empresas estatais, sugerindo um prazo de cinco anos para substituição desses empregados por concursados. Isso porque foram identificadas várias irregularidades, com um grande número de terceirizados exercendo funções previstas em planos de carreiras, conforme afirmou o ministro-relator.

Assim, é possível afirmar que, apesar da limitada legislação em vigor em relação à terceirização, algumas iniciativas do poder público em suas diversas instituições manifestam tentativas de contornar ou limitar a epidemia da terceirização no país. As notificações, recomendações, ajustamentos de conduta e as condenações, mesmo que expressando tipos de penalidade diversos, mais ou menos graves, indicam o reconhecimento de que a terceirização não só cresce, mas cria um ambiente favorável à precarização do trabalho e à burla dos direitos dos trabalhadores.

Entretanto, essas iniciativas estão sendo fortemente questionadas e deverão perder sua força se o Projeto de Lei nº 4.330 for aprovado. As justificativas para as principais proposições do Projeto de Lei estão em perfeita sintonia com as “101 propostas para modernização trabalhista”, apresentadas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em 2012, pois o espírito que as ilumina é retirar qualquer limite e regulação do Estado no que se refere às formas de uso da força de trabalho, isto é, a liberalização para o capital para a terceirização sem limites. No plano mais geral, a CNI formula 101 proposições de modificação na legislação trabalhista, cuja síntese é estabelecer o “negociado sobre o legislado”, isto é, a negação e anulação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

---

9 Conforme informações disponíveis no *site* do Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região.

## DOCTRINA

O PL nº 4.330 libera a terceirização para qualquer tipo de atividade, ou seja, nenhuma diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, como hoje estabelecido pelo Enunciado nº 331. É o que diz o relatório: “j) estabelece que o contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante” (CCDJ, PL nº 4.330, 2013, p. 2). Isto é, qualquer atividade, inclusive aquela que é própria ou especialidade da contratante, caindo por terra o (falso) argumento do patronato de que uma das principais justificativas para a terceirização é a especialização ou focalização.

Também libera e legaliza a cascata de subcontratação, o que tem sido objeto de denúncia e de fiscalização do Grupo Móvel de Erradicação do Trabalho Escravo, criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), formado por auditores fiscais, procuradores do Ministério Público do Trabalho (MPT) e da Polícia Federal (PF), pois é exatamente através da ilimitada cadeia de subcontratação que se encontra o uso do trabalho análogo ao de escravo, conforme divulgado na imprensa e pelo MTE, para o setor têxtil, construção civil, agronegócios, dentre outros. Conforme consta no relatório: “O Substitutivo prevê, ademais, que a empresa prestadora de serviços é a responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, nos termos previstos no contrato entre as partes, e que ela contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outra empresa ou profissionais para realização desses serviços” (CCDJ, PL nº 4.330, 2013, p. 21). Isso implica a total liberalização da terceirização, tão desejada pelo empresariado brasileiro, e agora com a segurança jurídica tão reivindicada pelo patronato e seus “legisladores”.

Uma das principais propostas que visa limitar à terceirização, defendida pela maioria dos sindicatos e agentes do direito do trabalho – a responsabilidade solidária –, é negada pelo PL, para as empresas contratantes, mas defende para o caso das terceiras que subcontratarem outras empresas; ou seja, é válida para as empresas menores e subordinadas às contratantes que, teoricamente, estabelecem uma relação contratual entre empresas, mas não aceita que a mesma relação contratual realizada entre a contratante e a contratada, isto é, também entre empresas, estabeleça a responsabilidade solidária. É o que diz a letra q do relatório: “q) dispõe que, no caso de subcontratação de outra empresa para a execução do serviço, a empresa prestadora de serviços a terceiros é solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada” (CCDJ, PL nº 4.330, 2013, p. 3). Para as contratantes, define a responsabilidade subsidiária (hoje já existente), acrescentando o direito de “ação regressiva contra a devedora”.

## DOCTRINA

Em resposta a essa iniciativa, desencadeou-se uma ampla mobilização nacional contrária ao Projeto. Através de cartas, manifestos e abaixo-assinados, as principais instituições que congregam os operadores do direito do trabalho no Brasil condenaram a proposta, considerando-a uma das principais formas de precarização e de desrespeito aos direitos dos trabalhadores. Manifestaram-se pela rejeição do PL nº 4.330, a Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho), ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho), o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, o Conselho Federal da OAB, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – Sinaif, o Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, que congrega pesquisadores, estudiosos do tema, entidades representativas que atuam no mundo do trabalho, a ALAL (Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas), dentre outros e uma carta assinada por 19 ministros do total de 26 que compõem o Tribunal Superior do Trabalho – TST, instituição máxima do poder da Justiça do Trabalho, que tem uma visão nacional do que ocorre com a terceirização no país, julgando processos nas mais diferentes áreas.

Diversas centrais sindicais, ainda que contemplando significativas diferenças, se posicionaram contra o PL nº 4.330 em que afirmam que o Projeto de Lei reúne proposições que incrementam o processo de terceirização ao instituir a rotatividade da força de trabalho, acentuando ainda mais a precarização das condições de trabalho; sublinham a discriminação sofrida pelos trabalhadores subcontratados, institucionalizados como profissionais de segunda categoria; desmistificam que a terceirização, ao contrário do que é veiculado, não gera emprego e, muito menos, implica alocação de força de trabalho especializada; ressaltam que libera a terceirização em todos os setores de uma empresa, sem limites para sua adoção e defendem que “um projeto de lei que garanta ‘segurança jurídica às empresas’ deve também garantir ‘segurança social’ aos trabalhadores e estar assentado na isonomia de direitos, de salário e de tratamento dos terceirizados” (ver, por exemplo, a Carta Aberta das Centrais, s/d, p. 2). A Conlutas e o movimento Intersindical, que estão mais à esquerda do movimento sindical, têm se definido claramente contra o processo de terceirização.

Entretanto, às vésperas da votação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, foi criada uma Comissão Tripartite, constituída por representantes do governo, dos empresários, dos trabalhadores e do parlamento, para tentar chegar a um consenso em torno do PL nº 4.330; ou seja, a estratégia das principais centrais sindicais passou a tomar este Projeto de Lei como passível de negociação. Resta saber o que era possível negociar nos termos das proposições ali contidas, conforme já comentado anteriormente, já que as suas principais proposições confluem para a liberalização total da terceirização, aumentando

ainda mais a precarização do trabalho. E como se poderia prever, não houve consenso na comissão, levando-a à sua dissolução.

Diante desse quadro, houve mobilizações (dia nacional de paralisação) chamadas pela maioria das centrais sindicais brasileiras, de um acampamento em frente ao Congresso Nacional e a tentativa de participar da reunião da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara de Deputados, organizados pela Central única dos Trabalhadores, cujos dirigentes foram violentamente reprimidos pela polícia.

A campanha desenvolvida pelas principais instituições representantes dos operadores do direito do trabalho, coordenados através do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, associada às iniciativas de mobilização das centrais sindicais e inúmeros sindicatos, teve uma importante repercussão social e política, conseguindo adiar sistematicamente a votação do PL nº 4.330, apesar da enorme pressão dos empresários junto ao congresso nacional.

### UMA NOTA DE CONCLUSÃO

No momento em que finalizamos este artigo, a questão ainda está em aberto, em disputa intensa e em fase decisiva. Resta saber se prevalecerá a terceirização como regra, que será legalizada com a aprovação do PL nº 4.330, como deseja o patronato, ou se a classe trabalhadora e seus aliados conseguirão impedir o alastramento da epidemia da terceirização, através de uma luta mais profunda contra a liberalização do capital no uso predatório e sem limites da força de trabalho.

Suas conhecidas falácias, tais como a “terceirização cria empregos”, os “terceirizados percebem salários” e são “providos de direitos”, a “terceirização é positiva”, pois permite a “especialização e qualificação das empresas”, esconde o fundamental, ou seja, que a terceirização tem como objetivos centrais a redução dos salários, a retração crescente dos direitos do trabalho e, o que é também de enorme relevância, aumentar a fragmentação, procurando desorganizar ainda mais a classe trabalhadora, tanto na esfera sindical como nas distintas formas de solidariedade coletiva que florescem no espaço produtivo.

Percebendo salários menores, enfrentando jornadas de trabalho bem maiores do que o conjunto dos assalariados contratados sem tempo determinado, sofrendo cotidianamente as vicissitudes que decorrem da burla da legislação social protetora do trabalho e das altas taxas de rotatividade, a terceirização vem se assumindo como a modalidade dominante no processo de corrosão do

## DOCTRINA

trabalho que se expande em escala universal, mas que, exatamente por isso, está no centro dos levantes e rebeliões que também já são parte presente em todos os quadrantes do mundo.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Adeus ao trabalho?* São Paulo: Cortez, 2013.
- \_\_\_\_\_. A nova morfologia do trabalho e suas principais tendências: informalidade, infoproletariado, (i)materialidade e valor. In: ANTUNES, Ricardo (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2013a. v. II.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2006. v. I.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Riqueza e miséria do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2013. v. II.
- COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (CCJD). Projeto de Lei nº 4.330-A, de 2004 (Apensado: Projeto de Lei nº 5.439, de 2005), Autor: Deputado Sandro Mabel, Relator: Deputado Arthur Oliveira Maia, 2013.
- CNI – Confederação Nacional da Indústria. *101 propostas para modernização trabalhista*, 2012.
- CORIAT, B. *Penser à l'envers, travail et organization dans l'entreprise japonaise*. Paris: Christian Bourgeois Éditeur, 1991.
- CRH – SINDICATO DOS QUÍMICOS E PETROLEIROS. *Relatório da pesquisa campanha salarial*, 2000.
- CUT, CGTB, CTB, UGT, NCST: *Carta aberta das centrais sindicais à sociedade brasileira contra o substitutivo ao PL 4.330/2004 – terceirização*, s./l.: s./d.
- DIEESE – CUT. *Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha – dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*. São Paulo: DIEESE, 2011.
- DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: desfazendo a fábrica – um estudo do complexo petroquímico da Bahia*. São Paulo: Boitempo; Edufba, 1999.
- \_\_\_\_\_. Trabalho, precarização e resistências. *Caderno CRH (UFBA)*, v. 24, Salvador, Edufba, 2011.
- \_\_\_\_\_; FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: o binômio antissocial em indústrias. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da razão social do trabalho: precarização e terceirização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- FRANCO, Tânia. Trabalho alienado: *habitus* e danos à saúde humana e ambientais (O trabalho entre o céu, a terra e a história). Tese (Doutorado). Salvador: UFBA, 2003.
- ELETROBRAS. *Relatório de sustentabilidade*, 2012.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008*. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, UFBA, 2012.

## DOCTRINA

- GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.
- ICHIYO, Muto. *Toyotismo: lucha de clases e innovación tecnológica en Japón*. Buenos Aires: Antidoto, 1995.
- KAMATA, Satoshi. *Japan in the passing lane: an insider's account of life in a Japanese auto factory*. New York: Pantheon Books, 1982.
- PETROBRAS. *Relatório de sustentabilidade*, 2012.
- POCHMANN, Marcio. *Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2012.
- SAMPAIO, Maria do Rosario. *O processo de qualificação real e o perfil de acidentabilidade entre trabalhadores efetivos e terceirizados: o caso dos pedreiros refrataristas em uma indústria do aço*. Dissertação de Mestrado, Curso de Mestrado do Departamento de Engenharia de Produção da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.
- SAYER, Andrew. New developments in manufacturing: the just-in-time system. *Capital & Class*, n. 30, Inverno, Londres, 1986.
- SELIGMANN-SILVA, Edith. *Desgaste mental no trabalho dominado*. São Paulo: Cortez, 1994.
- SHIMIZU, Koichi. Kaizen et gestion du travail: Chez Toyota Motor et Toyota Motor Kyushu – Un problème dans la trajectoire de Toyota, *GERPISA Réseau Internationale*, jun. 1994, Paris.
- SOUZA, Eliane Silva de. *A “maquiagem” do trabalho formal: um estudo do trabalho das mulheres terceirizadas no setor de limpeza na Universidade Federal da Bahia*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, UFBA, 2012.



# A TERCEIRIZAÇÃO NO SÉCULO XXI

Rodrigo de Lacerda Carelli\*

“Nous voulons l’abolition du marchandage, parce qu’il est odieux qu’entre le patron et l’ouvrier se glissent de rapaces intermédiaires qui exploitent le second et, quel que soit le bon vouloir du premier, font descendre le salaire au niveau marqué par la faim.”

Louis Blanc, 1848

## INTRODUÇÃO

A terceirização frequentemente é apresentada, pela mídia tradicional, pelo meio empresarial e por grande vertente política como uma moderna técnica de organização da produção, a trazer inventividade e maleabilidade às empresas, e que seria sobremaneira imprescindível ao mundo competitivo atual. Coloca-se também a terceirização como fenômeno irreversível, sendo uma realidade no mundo atual, não adiantando realizar qualquer esforço contrário a essa onda.

As pesquisas empíricas científicas, por outro lado, comprovam a extrema precarização do trabalho trazida pela terceirização<sup>1</sup>, bem como as estatísticas de infortúnios no trabalho<sup>2</sup> (*rectius*: agressões e lesões às instâncias físicas e psíquicas dos trabalhadores ocasionadas pela falta de garantia da incolumidade

---

\* Professor adjunto de Direito e Processo do Trabalho na Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro; doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos – Universidade do Estado do Rio de Janeiro; mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense; procurador do trabalho no Rio de Janeiro.

- 1 DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. Um estudo do complexo petroquímico. Salvador; São Paulo: Edufba; Boitempo, 1995; DRUCK, Maria da Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? *Caderno CRH: Revista do Centro de Recursos Humanos da UFBA*, n. 1, Salvador, UFBA, 2011, p. 35-55; MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização: terceirização do trabalho na Honda do Brasil*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- 2 FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de estatísticas de acidentes no setor elétrico brasileiro 2010*. Disponível em: <[http://www.funcoge.org.br/csst/relat2010/index\\_pt.html](http://www.funcoge.org.br/csst/relat2010/index_pt.html)>. Acesso em: 12 nov. 2013. Dieese – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

labor ambiental)<sup>3</sup> demonstram que os terceirizados sofrem mais acidentes laborais, além de que a vida desses trabalhadores é retirada, em pleno labor, em maior proporção do que os trabalhadores diretamente contratados.

No meio disso tudo fica o direito do trabalho, a tentar regular o problema criado pela técnica, que se opõe aos objetivos listados na Constituição da República Federativa do Brasil, como a exercer uma autodefesa frente ao ataque frontal que recebe do fenômeno, que é incompatível com a sua estrutura e impede o seu bom funcionamento, acarretando todas as consequências próprias de uma debilitação de um instrumento de equilíbrio social.

A partir do panorama acima traçado, propõe-se, no presente texto, traçar um painel das relações entre a estrutura econômica, a terceirização e o direito do trabalho, pretendendo lançar luzes ao debate sobre o tema, que vem sendo tratado de forma superficial, inclusive pelo Congresso Nacional, sem se atentar pelas estruturas socioeconômicas de nossa sociedade. Senão, vejamos.

### O DIREITO DO TRABALHO – FUNÇÕES E FUNCIONALIDADES

O direito do trabalho traz, desde o seu nascimento, os traços característicos de sua ambiguidade ou ambivalência inata, qual seja a de que se é verdade que é fruto de conquista dos trabalhadores, ao mesmo tempo representa concessão controlada dos empregadores. Os empregadores, após um primeiro momento de susto e aversão, acostumados com a hiperexploração do ser humano trabalhador permitida pela ideologia do liberalismo – e a sua ficção do “trabalho livre” –, perceberam a necessidade de que fossem “cedidos os anéis para não perderem os dedos”<sup>4</sup>; ou seja, vem o direito do trabalho, no fim do século XIX e no alvorecer do século XX, para ser um instrumento de legitimação da exploração da mão de obra sob o sistema capitalista no Estado.

Estudar o direito do trabalho, em cada época, é verificar como é regulada – e assim legitimada – a exploração do homem que trabalha. Entretanto, o trabalho que interessa ao direito laboral é aquele explorado por outro ser humano – ou qualquer ente ficcional que este crie –, ou seja, o trabalho por conta alheia. O ser humano descobriu, milhares de anos atrás, que, para a acumulação de riqueza, era estritamente necessário a encampação do fruto do trabalho de outra pessoa ou de outras pessoas, pois quanto mais frutos acumulados, por óbvio, maior a riqueza. Essa descoberta, que veio revolucionar o mundo, se dá quando tribos

3 THÉBAUD-MONY, Annie. *Travailler peut nuire gravement à votre santé*. Paris: La Découverte, 2007.

4 RAMOS FILHO, Wilson. *Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

descobrem que ao invés de matarem os inimigos que capturavam em batalhas – ou mesmo servi-los como refeição –, muito mais rentável a utilização desses homens como escravos. Na Grécia e em Roma clássicas, essa era a técnica mais utilizada para a exploração do trabalho humano, fazendo parte da estrutura jurídica em que se organizavam essas civilizações. Esse modelo foi substituído como prática dominante durante a chamada Idade Média por outra técnica, mais adequada ao modo de organização social então vigente. Essa forma de exploração era a servidão. De fato, muito interessante para os senhores feudais a substituição da mão de obra escrava, por servos da gleba, meio de exploração economicamente muito mais eficiente. Como nos traz Domenico de Masi, a substituição de uma técnica por outra trazia inúmeros benefícios, transformando os trabalhadores em devedores de obrigações<sup>5</sup>. Da mesma forma pensaram os capitalistas brasileiros na substituição dos escravos pelos trabalhadores “livres”<sup>6</sup>. A substituição da servidão para o trabalho “livre” também foi simples adaptação à nova organização econômico-social trazida pela Revolução Industrial, pois não havia como reproduzir nas cidades e nas fábricas a organização feudal ou o sistema das manufaturas. Assim, o liberalismo traz a ideia do ser humano livre, que trabalha para o outro de forma espontânea, e, com a mesma característica de liberdade, vende sua força de trabalho a um comprador, que a utiliza em seu empreendimento econômico. A liberdade é logo colocada em questionamento a partir dos resultados da exploração do trabalhador “livre”, que, em sentido totalmente contraditório à ideologia da época, em nada tinha de liberto, mas, sim, era obrigado a trabalhar nas condições estabelecidas pelo dador de trabalho, que impunha sua vontade em todos os casos. A “liberdade” do trabalhador era, em verdade, a opressão livre<sup>7</sup> do capitalista. Por ser a técnica mais predatória e avassaladora de todos os tempos, pela inexistência de garantias de subsistência e condições de moradia e vida deploráveis, com os trabalhadores explorados no trabalho e jogados à sua própria sorte na vida privada, esse modelo não tinha como se manter.

- 
- 5 “Assim, se juntarmos aos custos da vigilância os da manutenção, compreende-se como os proprietários chegaram a preferir a libertação dos escravos e a sua transformação em servos da gleba, obrigados, desse modo, a se sustentar, a pagar a corveia, a serem com efeito mais fiéis, mais produtivos e menos perigosos – por estarem mais dispersos no território. Se, enfim, os escravos constituíam para o proprietário prejuízo certo quando adoeciam, envelheciam ou morriam, os rendeiros podiam ser substituídos de um dia para o outro sem danos relevantes para o senhor.” (DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho*. Brasília: UnB, 1999. p. 87)
- 6 A troca de escravos por mão de obra livre, ao contrário do que se pode imaginar, foi também interessante aos capitais pátrios, que trocaram os altos gastos com os escravos por trabalhadores experientes e que deveriam suprir suas próprias necessidades e de sua família com os salários fixos pagos, recebidos somente se estes trabalhassem. Cf., FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978.
- 7 Essa, sim, honra o adjetivo “livre”.

## DOCTRINA

As péssimas condições a que estavam submetidos impulsionaram a organização dos trabalhadores, que passaram a questionar todo o sistema baseado na exploração do trabalho humano. Uma resposta deveria ser dada, porque a máscara da “liberdade” de trabalho já havia caído e o sistema não mais se sustentava. Assim, algumas nações, começando pela mais liberal de todas à época, a britânica<sup>8</sup>, mas logo se espalhando por países, como a Alemanha e a França, passam a regular a concorrência, obrigando os empresários a cumprir com certas regras básicas, limitando a sua liberdade a padrões mínimos de condições da exploração, a fim de garantir a sobrevivência do sistema como um todo. Não é coincidência que nos países em que foram implementadas com maior abrangência essas restrições ao poder dos capitalistas não houve a queda do sistema econômico trabalhista.

Dessa forma, é substituída a técnica do trabalho “livre” pela criação da figura do “trabalho subordinado”, pela qual é reconhecida – e assim legitimada pelo direito – a sujeição do trabalhador à organização da atividade produtiva. A grande diferença entre o trabalho “livre” e o trabalho subordinado não está no fato de que o trabalhador cede parte de sua liberdade em troca de um preço tarifado de seu trabalho. Isso ocorreu em todas as técnicas, como visto acima. O que os diferencia é que aqui há o reconhecimento de que o sujeito que trabalha, mesmo sendo considerado livre, tem sua liberdade autolimitada ao vender sua força de trabalho a outrem. O reconhecimento pelo direito, por óbvio, não poderia vir só, a seco, senão não se legitimaria. Assim, o pacto realizado é que, junto com o reconhecimento, deve vir uma contrapartida, que em verdade se desdobra em duas. De fato, o primeiro argumento de legitimação da apropriação do resultado do trabalho mediante o pagamento de um preço tarifado é que o risco da atividade econômica será – ou deveria ser – do capitalista, sendo garantida ao trabalhador aquela tarifa independentemente do sucesso do empreendimento. O segundo argumento de legitimação é o próprio direito do trabalho, criatura gestada junto à figura do trabalho subordinado, que reconhece e legitima a sujeição<sup>9</sup> do trabalhador, mas ao mesmo tempo restringe e delimita a exploração. Assim, ao restringir o poder do dador de trabalho, trazendo melhores condições de trabalho e de vida, e – por que não? – de reprodução dos seres que trabalham, o direito do trabalho cumpre esse papel legitimador do sistema, com a pretensão de trazer equilíbrio à situação de sujeição do trabalhador ao

---

8 Lei de Peel ou Peel's Act, denominada oficialmente de “Health and Morals Apprentices Act”, de 1802, que é considerado o primeiro diploma de direito do trabalho, trazendo normas de restrição de jornada para menores e regras de higiene e saúde no trabalho.

9 Lembremos que o requisito ou elemento principal da relação de emprego é a subordinação jurídica, que tem essa natureza justamente pelo fato de o direito reconhecer e legitimar a sujeição.

empregador<sup>10</sup>. Dessa forma, o direito do trabalho está para o socialismo tanto quanto o direito ambiental ou o direito tributário, ou seja, bem longe. O direito do trabalho realiza – ou tenta realizar – o equilíbrio *na sociedade, no Estado e no meio de produção concorrencial capitalista*<sup>11</sup>.

O direito do trabalho aí está no interesse do capitalismo, com a função de regular a concorrência entre os empresários, restringindo o poder que cada um dos organizadores individuais da atividade econômica exerceria de modo absoluto. Está certo que o direito do trabalho não cria direitos para o empregador: ele, algumas vezes, limita – e outras tantas permite e legitima – o poder que o empresário já detém por conta da disparidade de forças<sup>12</sup>. Ao criar direitos ao trabalhador, o direito laboral nada mais faz do que limitar um poder de exploração que, no plano do ser, independentemente de previsão da ordem jurídica, tem o empregador<sup>13</sup>.

Como vimos, o direito do trabalho faz parte do pacto que permitiu a continuação da forma de exploração do homem pelo homem, tendo essa função de equilíbrio e ponderação no uso do poder pelo empregador. Assim, podemos dizer que o direito do trabalho é um instrumento antibarbárie, em um mundo em que a força prevaleceria em todas as vezes. Dessa forma, o papel civilizatório do direito laboral resta evidente.

Não há de se olvidar que ao lado do papel civilizatório há a função humanizante, no sentido mesmo do Humanismo<sup>14</sup>, crente na possibilidade de Justiça Social e na proposta de emancipação do homem pela via dos direitos.

---

10 “Ainsi, tout au long de la séquence qui va en gros de la fin du XIXe siècle jusqu’aux années 1970, la subordination du rapport salarial demeure, mais, d’une part, elle est progressivement euphémisée para le droit du travail, l’arbitraire patronal est réduit et encadré. La subordination est aussi, d’autre parte, *compensée* para des salaires qui dépassent le seuil de survie e surtout par des protections et par des droits. Cette structure de la relation de travail propre à la société salariale n’a rien d’idyllique: l’aléation et l’exploitation n’ont pas été complètement vaincues. Mais, simultanément, le travail a été, si l’on peut dire, *dignifié*, dans la mesure où il est devenu support de droits.” CASTEL, Robert. *La montée des incertitudes*: travail, protections, satut de l’individu. Paris: Seuil, 2009. p. 83.

11 O direito ambiental também tem estrutura similar ao direito do trabalho, ao ter como função a limitação na utilização dos bens naturais para fins capitalistas. O direito tributário, da mesma forma, tem papel redistribuidor semelhante ao do direito do trabalho, tornando obrigatórias contribuições ao Estado para a prestação de serviços indiscriminadamente distribuídos a toda a sociedade, sem que, com isso, se altere ou se pretenda alterar o sistema e a organização da sociedade.

12 Por exemplo, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê que as férias serão gozadas em período que “melhor consulte os interesses do empregador” (art. 136); isto é, isso seria o que normalmente aconteceria caso não existisse o direito do trabalho, havendo essa previsão legal somente para legitimar e confirmar a liberdade do empregador em assim agir no seu próprio interesse.

13 Ao regular a duração da jornada, o direito do trabalho restringe o poder do empregador de superexplorar o trabalhador. Ele limita a possibilidade de venda.

14 Escola filosófica baseada na razão humana, na ética e na justiça social.

Assim perfaz-se o pacto ambivalente: o ser humano coloca seu tempo – de vida! – à disposição de outro ser humano<sup>15</sup> – ou a uma ficção ao seu dispor, a pessoa jurídica – em troca das promessas civilizatórias e humanistas do direito do trabalho<sup>16</sup>. O ser humano que produz sob o sistema capitalista, assim, assume o compromisso de reconhecer a sujeição do trabalhador ao seu interesse, submetendo-se, por sua vez, aos limites impostos a essa exploração<sup>17</sup>.

Uma vez rompido esse pacto, abrem-se as portas para o desequilíbrio na sociedade, que deverá ser restabelecido, sob pena de movimentações sociais de destino cujos limites ou destino não há como se prever<sup>18</sup>.

### A RELAÇÃO DE EMPREGO COMO FENÔMENO SOCIAL – E NÃO JURÍDICO

Como citado acima, a relação de emprego não é uma criação jurídica. Ela decorre da técnica de exploração do trabalho humano própria de nossa época que é a utilização de trabalhador supostamente livre, que, por meio contratual, realiza a venda de certo período de sua vida, por um preço tarifado, em geral imposto pelo comprador a partir dos limites dados pelo direito, tendencialmente abaixo do seu valor real, comprometendo-se a se engajar na atividade produtiva. O empresário, ao coordenar os recursos (capital, trabalho e tecnologia) para a produção ou circulação de bens e serviços, tarefa necessária para a reprodução

- 15 Não se pode esquecer de que colocar o tempo à disposição do outro significa alienar, mesmo que temporalmente, o corpo e a alma do ser humano que trabalha. Não há como se separar esse bem, a força de trabalho, do próprio homem, daí a existência do corpo autônomo de normas chamado direito do trabalho. Cf. SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige; PUF, 2002. p. 67.
- 16 Obviamente, ao lado do direito do trabalho como ponto mais cru e direto do pacto civilizatório, fazem parte desse pacto de maneira mais abrangente e mediata o direito previdenciário (tanto na parte de segurança quanto de assistência social), os direitos e garantias fundamentais, a prestação de serviços públicos básicos pelo Estado como a educação e a saúde.
- 17 Limites quanto ao tempo de sujeição do trabalhador à sua vontade, quanto à pactuação da retribuição ao trabalho colocado à sua disposição, quanto à forma de engajamento e dispensa do trabalhador e quanto às garantias de proteção do corpo e da alma do trabalhador no ambiente laboral.
- 18 As manifestações sociais ocorridas a partir de junho de 2013 demonstram de maneira contundente a existência de uma desarmonia no seio de nossa sociedade, causada por fatores de desequilíbrio presentes em nossa estrutura organizacional. O equilíbrio que tratamos aqui é dinâmico, nunca estático, e a manutenção de situações de injustiça ou de alta disparidade de condições de vida não se sustentam da mesma forma em épocas diferentes. Por todos, veja as análises de: SANTOS, Boaventura de Sousa. *O preço do progresso*. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/?/Coluna/O-preco-do-progresso/28736>>. Acesso em: 1º nov. 2013; VIANNA, Jorge Luiz Werneck. *O movimento da hora presente*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,o-movimento-da-hora-presente-,1043763,0.htm>>. Acesso em: 1º nov. 2013. O alto grau de uso da violência por parte de alguns manifestantes demonstra a existência de um incômodo profundo a merecer uma atenção maior do que mais leis intimidatórias e do inadmissível comportamento do aparato de repressão estatal, que só fazem “colocar mais fervura no caldeirão”.

do capital, realiza a atividade econômica no paradigma da sociedade capitalista que vivemos. Desde o início da Revolução Industrial, três elementos se destacam na construção econômica da sociedade: *a existência da separação entre aqueles que detêm o capital e aqueles que nada têm a não ser a sua potência de labor, vendida por salários; a aplicação da mão de obra com maquinário e tecnologia; e a dominação de toda a economia – e de toda a vida – pela busca dos capitalistas pelo lucro e acumulação*<sup>19</sup>.

Assim, a relação de emprego se dá no plano fático, independentemente de o direito a prever ou não. O direito do trabalho, por sua vez, somente analisou e destacou os elementos ou características principais dessa relação existentes na realidade e os trouxe para o direito, a fim de delimitar o objeto inicial do direito do trabalho. Assim, os requisitos ou elementos da relação de emprego servem para delimitar o alvo da limitação da exploração. Como dissemos acima, isso é uma delimitação inicial de objeto, pois, com a tendência expansiva do direito do trabalho, esse ramo, como base na própria dinamicidade da vida, sempre estará adequando seu foco a novas modalidades de relação de trabalho que mereçam sua atenção. Dessa forma ocorreu com os cooperados e os estagiários, que tiveram direitos trabalhistas reconhecidos pela lei<sup>20</sup>, bem como a extensão de todo o direito do trabalho aos trabalhadores avulsos e domésticos<sup>21</sup>. Isso porque a divisão da Revolução Industrial acima citada entre detentores dos meios de produção e trabalhadores ainda é a natureza do desenho econômico de nossa sociedade. A natureza não se alterou, somente a forma com que ela se apresenta.

Apesar de a relação de emprego ser fenômeno social, o requisito da subordinação ganha o adjetivo “jurídica” justamente pelo fato de sua previsão e legitimação pelo direito. Ao adjetivar a subordinação, o direito do trabalho informa que esse elemento é por ele apropriado para designar a relação jurídica que pretende organizar. Isso faz com que o direito do trabalho emita a mensagem que as características desse elemento pode ser, a qualquer momento, alterada pelo ordenamento jurídico, sempre quando se fizer necessário para a proteção do ser humano que a necessita, reaproximando-se do equilíbrio que sempre deve buscar<sup>22</sup>.

---

19 HOBBSBAM, Eric. *Industry and empire: the birth of the Industrial Revolution*. New York: The New Press, 1999. p. 44.

20 Leis ns. 12.690/2012 e 11.788/08, respectivamente.

21 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Emenda Constitucional nº 72.

22 Assim nos traz a Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho: “1. Os Membros devem formular e aplicar uma política nacional para rever em intervalos apropriados e, caso necessário, clarificando e adotando o alcance de regulamentos e leis relevantes, no sentido de garantir proteção efetiva aos trabalhadores que executam seus trabalhos no contexto de uma relação de trabalho. 2. A natureza e a extensão da proteção dada aos trabalhadores em uma relação de trabalho deve ser definida

Assim, se se buscarem novos arranjos e novas formas de contratação dos trabalhadores, para a organização da produção de bens e serviços, o direito do trabalho deve sempre se reorientar para buscá-las para o seu abrigo, conforme recomenda a Organização Internacional do Trabalho<sup>23</sup>.

### A TERCEIRIZAÇÃO COMO INVENÇÃO NÃO TÃO MODERNA ASSIM

Vende-se como novo algo que não é tão inédito assim. Em verdade, não há nenhum ineditismo<sup>24</sup>. De fato, a técnica da terceirização não advém da recente reestruturação produtiva conhecida como toyotismo. Trata-se, em verdade, de uma recauchutagem de instrumento que data do início da própria Revolução Industrial, em fins do século XVIII e início do século XIX.

É historicamente conhecida sob o nome de *putting-out system* a exploração de trabalhadores para realizar parte da produção dos capitalistas em seus próprios domicílios, o que transformou artesãos independentes em trabalhadores empobrecidos e limitados<sup>25</sup>. Esse tipo de “terceirização”, com a entrega de parte da produção para ser realizada externamente e de forma complementar ao realizado dentro dos muros da fábrica, aconteceu principalmente nos setores da confecção e da indústria bélica na Inglaterra<sup>26</sup>.

A degeneração da terceirização, o fenômeno da intermediação de mão de obra, também tem suas raízes já antigas. Em 1848, na França, durante a revolta que culminou na revolução popular desse mesmo ano, uma das principais manifestações da população era justamente contra os intermediários entre o empresário e os trabalhadores, tendo sido verificado o caráter odioso do

---

por práticas ou leis nacionais, ou ambas, tendo em conta padrões de trabalho internacional relevantes. Tais leis ou práticas, incluindo àqueles elementos pertencentes ao alcance, cobertura e responsabilidade à implementação, devem estar claros e adequados para assegurar proteção efetiva aos trabalhadores em uma relação de trabalho”.

- 23 Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho. “4. (...) b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro *status* legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro *status* legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção; c) garantir padrões aplicáveis para todas as formas de acordos contratuais, incluindo aqueles envolvendo múltiplas partes, de modo que os trabalhadores empregados tenham a devida proteção”.
- 24 As próximas argumentações foram inicialmente apresentadas na participação do autor na Audiência Pública sobre terceirização promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho no dia 5 de outubro de 2011.
- 25 HOBBSAWM, Eric. *Ob. cit.*, p. 49.
- 26 Atualmente, verifica-se a reprodução quase idêntica desse modelo nos contratos de facção, que são típicos casos de terceirização na atividade-fim, causando, inexoravelmente, a exploração máxima dos trabalhadores.



lucro pela mera venda do trabalho alheio<sup>27</sup>. Houve a verificação de algo muito simples e lógico: se uma pessoa se interpõe entre o tomador de serviços e o trabalhador, parte dos salários desses últimos fica com o intermediário, que não realiza nenhuma atividade produtiva, somente tem seus ganhos pelo trabalho de outra pessoa. A realização da intermediação de mão de obra com fins lucrativos tomou o pejorativo nome de “*marchandage*”, e se tornou, inclusive, atividade criminosa tipificada na França<sup>28</sup>.

Não é por outro motivo que o primeiro princípio fundamental da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, conforme a Declaração de Filadélfia de 1944, afirma que “o trabalho não é uma mercadoria”. Isso porque não há condições de resguardar a dignidade da pessoa humana pela mercantilização do ser humano, pois, afinal, é isso que se trata quando se fala em fornecimento de mão de obra. A mercantilização coloca o ser humano à mercê das regras de mercado, podendo, se a “mercadoria” abundar, diminuir o valor do trabalho, que pode chegar a níveis tão baixos que impedirão a mera sobrevivência dos trabalhadores.

Dessa forma, a intermediação de mão de obra não é de forma alguma algo recente, sendo seus efeitos perversos conhecidos e reconhecidos há muito tempo em todo o mundo.

### A TERCEIRIZAÇÃO COMO INVENÇÃO MODERNA

Apesar de não haver nada de novo quanto à existência do instituto, a sua aplicação como instrumento central ao contexto da reestruturação produtiva ocorrida a partir do final dos anos 1970 é a grande novidade.

Essa reestruturação produtiva, conhecida como *toyotismo*, pretendeu servir como padrão ideal de organização da atividade econômica em substituição ao modelo anterior, o *fordismo*. Este último era baseado em uma produção realizada em uma grande unidade fabril, na qual todas as etapas do processo produtivo

---

27 Houve, inclusive, a proibição da “*exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs*” pelo Decreto de 2 de março de 1848.

28 Code du Travail Français, Article L8231-1: “Le marchandage, défini comme toute opération à but lucratif de fourniture de main-d’oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu’elle concerne ou d’éluder l’application de dispositions légales ou de stipulations d’une convention ou d’un accord collectif de travail, est interdit”, em tradução livre: O “*marchandage*”, definido como toda operação a título lucrativo de fornecimento de mão de obra que tenha por efeito causar um prejuízo ao empregado que ela atinja ou de impedir a aplicação das disposições legais ou de estipulações de uma convenção ou de um acordo coletivo de trabalho, é proibido. A pena para os delitos é de até dois anos de prisão e uma multa de trinta mil euros, se for pessoa física e multa de até cento e cinquenta mil euros se for pessoa jurídica, além da interdição de exercício da atividade e fechamento de estabelecimento ou confisco de propriedade (Article 131-39, Code Pénal français).

eram realizadas por trabalhadores diretamente contratados pela empresa, detentores de um mesmo estatuto, para a produção de mercadorias padronizadas e produzidas em larga escala. A estrutura da empresa é de alta hierarquização e de matiz piramidal. Esse modelo foi substituído, pelo menos idealmente, pelo toyotismo, que propõe a concentração da empresa em sua atividade nuclear, entregando tarefas acessórias, complementares e periféricas a empreendedores especializados nessas atividades, para a produção de mercadorias diversificadas e a partir da demanda do mercado. Assim, para a realização de um produto, concorreriam empregados de várias empresas, em uma miríade de formas contratuais, sendo uns mais estáveis (aqueles da empresa principal), e outros detentores de diversos níveis de precariedade. As empresas se organizam em rede, formando laços vários de dependência mútua.

Nessa nova forma de organização da produção, a terceirização ganha destaque inédito, sendo a própria alma da reestruturação. A partir desse fenômeno central é que exsurge, inclusive, a própria conceituação da terceirização, como *a entrega de atividade periférica e específica a empresa especializada que a realizará com autonomia*. Esse conceito foi justamente o adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho na confecção da Súmula nº 331<sup>29</sup>.

A partir daí houve um *boom* na utilização da técnica empresarial, seja acompanhada de (quase) todo o espírito da reestruturação produtiva, seja utilizada de forma totalmente desconectada e deturpada da ideia original.

Essa última forma é a mais utilizada no Brasil. Aqui as empresas mantiveram, em sua maioria, a mesma estrutura hierarquizada rígida, incorporando a ideia da terceirização para entregar partes de sua atividade empresarial, geralmente compostas por serviços de baixo nível de tecnologia e de trabalhadores sem qualificação, para empresas, com o fim de redução de custos. O nome brasileiro dado ao fenômeno – terceirização –, bem diverso do que é comumente utilizado no resto do mundo – subcontratação –, dá a ideia da deturpação na sua aplicação, pois indica a existência de um “primeiro” e um “segundo”, além do “terceiro”, enquanto que em uma verdadeira terceirização há a contratação entre duas empresas<sup>30</sup>.

---

29 Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “(...) III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.83) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

30 MELHADO, Reginaldo. Globalização, terceirização e princípio da isonomia salarial. *Justiça & Democracia*, n. 3, São Paulo, Ateliê Editorial; Associação de Juizes para a Democracia, 1997, p. 216.

## DOCTRINA

A deturpação do nome já indica tudo: a intenção, na maior parte das vezes, é somente escamotear uma relação de emprego por meio da contratação de empresa interposta, travestida de empresa especializada, que se responsabilizará pelos trabalhadores indesejados pela contratante. Dessa forma é que começa no Brasil a terceirização, a se alastrar justamente por uma das atividades menos qualificadas e com menor exigência de especialização: o asseio, conservação e limpeza<sup>31</sup>. Os profissionais, chamados, no mais das vezes, de “auxiliares de serviços gerais”, como o nome já indica, realizam tarefas tidas como de baixa qualificação e quase nenhuma especialidade. Ora, qual a especialidade de um serviço que é denominado “geral”?

O trabalhador terceirizado, nesse contexto, é o filho bastardo da relação de emprego: um filho renegado, à mercê do conhecimento da paternidade.

A terceirização se transforma assim em mera criação de pelo menos dois tipos ou castas de trabalhadores: aqueles que exercem as atividades que o empregador entendeu em manter e aqueles outros, de nível inferior, que não merecerão contratação direta por quem vai se utilizar, ao fim e ao cabo, de seu trabalho. A terceirização assume, então, uma feição de mera intermediação de mão de obra, a atingir o cerne do direito do trabalho, como se verá mais à frente. O intento seria só de separar parte dos trabalhadores (em alguns casos a quase totalidade de sua força de trabalho, como vimos em casos de concessionárias de serviço público na virada do século) e se desvencilhar da responsabilidade direta por esses trabalhadores.

Por óbvio há casos em nossa pátria de utilização da terceirização segundo os preceitos e ideais que a originaram, que têm, em sua base, a concentração das forças da empresa no seu *savoir faire*, agregando valor ao seu produto pela contratação de empresas de qualificação na realização das tarefas a elas entregue. Porém, as pautas da Justiça do Trabalho, compostas em sua grande parte de casos que envolvem a terceirização, demonstram que esses casos infelizmente não são a maioria.

### AS CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO PACTO DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA E O DIREITO DO TRABALHO

Como vimos acima, a técnica do “trabalho subordinado” construiu-se a partir do pacto realizado no início do século passado no sentido de que o direito reconhecia (e com isso legitimava) que o trabalhador parte de sua liberdade

---

31 Não é à toa que, ao lado da terceirização legalmente prevista do serviço de vigilância, a outra atividade citada na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho é a de “conservação e limpeza”, demonstrando o seu pioneirismo e extensão dos fenômenos nesse tipo de serviço.

sujeitando-se à direção do empregador sobre seu trabalho, entregando o produto deste ao empregador mediante o pagamento de um valor tarifado (o salário); em contrapartida, há o reconhecimento da relação jurídica direta entre o empregado e o empregador, sendo que esse último se compromete a cumprir com os direitos decorrentes da relação jurídica de emprego, sejam eles legalmente previstos ou negociados coletivamente, além de assumir o risco do negócio.

Com a terceirização esse pacto vem a ser quebrado. A falta de reconhecimento dos direitos trabalhistas por aquele que se apropria do fruto do trabalho rompe a estrutura do pacto. Assim, a legitimidade do cerceamento da liberdade do trabalhador é posta em xeque, pelo rompimento do equilíbrio. Não há como se legitimar uma exploração sem a devida contrapartida pactuada.

Rompe-se também o equilíbrio gerado pela negociação coletiva de trabalho, pois as condições de trabalho não passam mais pelos atores coletivos, mas são subordinadas ao contrato mercantil entre a empresa contratante e a terceirizada<sup>32</sup>.

E como fica o direito do trabalho perante isso tudo?

Ora, o direito do trabalho, desde os seus albores, como todo o resto do ordenamento jurídico, segue a evolução da técnica. Ele observa a alteração das tecnologias utilizadas pela organização da atividade econômica, adaptando-se a essas mudanças para bem cumprir o seu ofício de garantir o equilíbrio da sociedade.

Como afirma Supiot:

“O direito, enquanto técnica, participou desde a origem da emergência das tecnologias da informação e da comunicação, mas seu conteúdo hoje evolui diante de nossos olhos para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos. O direito do trabalho permanece, assim, um observador privilegiado das relações entre o direito e a técnica.”<sup>33</sup>

Como discorre Supiot a partir desse trecho, o direito do trabalho se adapta não para se adequar à técnica, mas, sim, ele se modifica para adequar a técnica à proteção ao homem. Isso acontece quando, pelas novas tecnologias da comunicação e da telemática, as quais permitiriam a flexibilidade total do ser humano que trabalha, e vem o direito do trabalho garantir, seja por meio

---

32 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Duas notas sobre novas tutelas laborais no multifacetado desenho do mundo do trabalho contemporâneo. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 74, n. 3, jul./set. 2008, p. 142.

33 SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 144.

de leis ou da própria jurisprudência, a adequação da técnica ao princípio da adaptação do trabalho ao homem<sup>34</sup>. Assim, se o direito é a técnica de humanização das técnicas, o direito do trabalho tem o papel de humanizar as técnicas nas relações de trabalho.

Trazendo para o presente problema, o direito do trabalho, da mesma forma que atuou na questão do tempo de trabalho, vai acompanhar a técnica e trazê-la novamente ao equilíbrio, que é a exigência e pressuposto da sociedade. Haverá, então, um reenquadramento da questão da terceirização, com a ampliação das hipóteses de responsabilização direta e liame reconhecido com o realizador da atividade econômica, aquele que veio a se beneficiar com o trabalho alheio.

No caso brasileiro, haverá a responsabilização direta da empresa principal, a isonomia de direitos e a reorganização da representação dos trabalhadores. Novos problemas demandam novas soluções, e, a partir de seus princípios e suas funções, o direito do trabalho está sempre pronto a buscá-las.

Assim, a terceirização que pretende se impor como “realidade inexorável”, enfrentará a ação do direito do trabalho para que a técnica não se sobreponha ao homem. Não é porque algo acontece na realidade que devemos aceitar; também são realidade os homicídios, os estupros, a corrupção, e nem por isso o direito deve e vai aceitá-los.

Nos dizeres de Olea:

“O mais certo é que na negação de que o direito seja algo mais do que o real, ou na afirmação de que só no real se pode encontrar seu fundamento, é que o próprio direito se degrada e se dissolve como parte das relações coletivas socioeconômicas, se dilui em um mundo ‘naturalizado, mecanizado e mineralizado’ – nas expressões de Ortega – ou imprime definitivamente nessas relações a marca de uma realidade inevitável, reduzindo o direito à mera descrição de leis da natureza, como se disso se tratasse, esquecendo seu caráter prescrito e ordenado, decisivo para as tarefas do legislador e do juiz, enquanto protagonista da normatividade peculiar do jurídico.”<sup>35</sup>

Assim, em busca de um mundo humanizado, menos “naturalizado, mecanizado e mineralizado”, o direito do trabalho sempre dará as respostas para o avanço da técnica, e não será no caso da terceirização que deixará de cumprir o seu papel.

---

34 SUPIOT, Alain. *Ob. cit.*, 167-168.

35 OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 1997. p. 25-26.

# AMBIENTE DE TRABALHO + PREVENÇÃO = – ASSÉDIO MORAL

Valdir Florindo\*

“Um empregado humilhado não consegue reagir.”  
(FREUD, 1894)

Um dos temas mais complexos e mais importantes do direito do trabalho, hoje e sempre, e seguramente um dos que têm mais consequências na vida humana, é a inegável existência do assédio moral no local de trabalho, campo absolutamente fértil para esses acontecimentos e que vem desafiando os estudiosos no assunto. A preocupação do direito é a proteção ao homem e seus valores mais fundamentais de vida, e que foi colocada no posto mais elevado da ordem jurídica brasileira. Na verdade, nunca o componente humano foi tão valorizado como nos dias atuais.

Sabemos que o ambiente de trabalho é o local onde as pessoas passam a maior parte de seu tempo e é normalmente o local depositário de grande parte das aspirações, sonhos e realizações; é nesse ambiente que as pessoas buscam dias de maior fortuna e segurança, para elas e suas famílias<sup>1</sup> transformarem-se em cidadãos produtivos e solidários. Com essa preocupação inquestionável, diante do processo odioso de destruição silenciosa que representa o assédio, o que se impõe, portanto, é lançar mão de todos os meios preventivos sugeridos pela experiência em todos os setores, tendo como *locus* o ambiente de trabalho.

Na Suécia, iniciaram-se os estudos sobre a violência moral nos locais de trabalho. Contudo, foi no começo de 1984 que um sério pesquisador alemão em Psicologia do Trabalho, Heinz Leymann, depois de um ensaio científico contendo uma pesquisa feita pelo *National Board of Occupational Safety and Health in Stokolm, demonstra as consequências do mobbing no ambiente de trabalho. O termo mobbing é sinônimo de assédio moral em nosso país. Esse termo originou-se da palavra mob, que há anos é empregada para designar*

---

\* Desembargador convocado no Tribunal Superior do Trabalho e membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

1 PELI, Paulo; TEIXEIRA, Paulo. *Assédio moral: uma responsabilidade corporativa*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 18.

*a máfia. Portanto, a palavra mobbing encerra, em si, a ideia de grupos de caráter “mafioso” que exercem pressões ou ameaças sobre os outros trabalhadores em ambientes profissionais. Embora a dinâmica comportamental seja a mesma tanto no mobbing quanto no bullying, convencionou-se utilizar este último termo para definir o abuso de poder que ocorre em ambientes escolares.*

Na França, em 1998, o assunto despertou a atenção da Dra. Marie-France Hirigoyen, psicóloga, psiquiatra e psicoterapeuta de família, que, com plena autoridade, publicou um livro sob o título *Le Harcèlement Moral: la Violence Perverse au Quotidien* (Editora Syros; no Brasil, pela Editora Bertrand, 2002). A autora constata que o assédio moral não se restringe a casos pontuais, e sim a um comportamento permanente, comum, destrutivo, distanciado daquele fato isolado (discussão ou atrito) que ocasionalmente ocorre entre os indivíduos em uma organização.

Prosseguindo nas pesquisas, Marie-France Hirigoyen aprimorou o conceito de assédio moral e propôs a seguinte definição:

“O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”<sup>2</sup>

Esse notável conceito, que subscrevemos inteiramente, foi proposto pela citada autora perante os grupos de trabalho no Poder Legislativo francês em 2002. O primeiro conceito não incluía a necessidade de repetição e sistematização da conduta abusiva.

De fato, a França é o país onde o assunto ganhou maior importância, tendo em vista o estudo dos psicólogos; instituiu-se de modo pioneiro uma lei em seu ordenamento jurídico na busca de coibir o assédio moral. Na Suécia, por sua vez, onde tudo começou, a norma editada pelo governo, contendo medidas de prevenção contra o assédio no ambiente de trabalho, possui feições administrativas.

Regendo a matéria tocante ao assédio moral, encontra-se o Capítulo IV da Lei nº 2002-73 de Modernização Social, promulgada em 17 de janeiro de 2002, cujos arts. 168 a 180 e 224 alteram e inserem várias disposições no Código do Trabalho francês, bem como no próprio Código Penal.

---

2 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 17.

## DOCTRINA

Referida Lei francesa insere o art. L 122-49 no Código do Trabalho estabelecendo a vedação do assédio moral pela degradação deliberada das condições de trabalho do empregado. Vejamos:

“L 122-49. Nenhum trabalhador deve se submeter aos procedimentos repetidos de assédio moral que tenham por finalidade ou por consequência uma degradação das condições de trabalho suscetível de atingir seus direitos e a sua dignidade, de alterar sua saúde física ou mental ou de comprometer seu futuro profissional.”

No Brasil, não há uma lei federal que discipline o assunto, em que pese a existência de 11 projetos no Congresso Nacional, imobilizados. Há o Projeto de Lei nº 5.970/01, que altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, é dizer, art. 483, letra g e § 3º, e acrescenta o art. 484-A. Contudo, como já dito, encontra-se paralisado no Legislativo. Conveniente, mesmo assim, transcrevê-lo em parte, na qual se insere a prática de *coação moral* (expressão utilizada para denominar o assédio moral), art. 483, letra g; rescisão indireta e pagamento das indenizações (art. 483, § 3º) e particularidades na indenização se a rescisão do contrato foi motivada pela prática de coação moral contra o trabalhador:

“Art. 483. (...)

g) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele, ação moral, através de atos ou expressões que tenham por objetivo ou efeito atingir sua dignidade e/ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções.

(...)

§ 3º Nas hipóteses das letras *d*, *g* e *h*, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (NR)

(...)

Art. 484-A. Se a rescisão do contrato de trabalho foi motivada pela prática de coação moral do empregador ou de seus prepostos contra o trabalhador, o juiz aumentará, pelo dobro, a indenização devida em caso de culpa exclusiva do empregador.”

Essa coação moral que o projeto pretende inserir no ordenamento jurídico laboral é relevante. Contudo, enquanto isso, o fenômeno se propaga em larga escala, colocando em risco a sanidade física e mental dos trabalhadores, afetando, por conseguinte, o equilíbrio social.

Nessa altura, oportuno dizer que essa violência moral desencadeada costumeiramente contra trabalhadores no local de trabalho, como o compor-



tamento vexatório/persecutório sistemático por parte da empresa ou de seus representantes, que implica a degradação das condições de trabalho, com a finalidade de forçar a cessação da relação de trabalho, deve ser vista com os olhos largos nessa quadra da história constitucional de nosso país. Afirmo isso pois a Constituição Federal, em seu art. 7º, I, assevera que é direito do trabalhador uma “relação de trabalho protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”, prevendo até a estipulação legal de indenização compensatória com essa finalidade. Dispositivo este que nos parece indicar que seria mais fácil mudar todos os componentes do Legislativo nacional do que conseguir a lei que o complementa. Daí pertinente o porquê de Norberto Bobbio<sup>3</sup> advertir: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. Francamente, nenhuma despedida mais arbitrária e injusta do que aquela que força o trabalhador a pedir, ele mesmo, a sua demissão, por lhe ter sido tornado insuportável o ambiente de trabalho, pela perseguição sistemática e pela sua submissão a comportamentos vexatórios, humilhantes e degradantes.

Como se vê, o assédio moral se notabiliza pela postura insistente e pela ação reiterada, por período duradouro, com ataques repetidos, que submetem a vítima a situações de humilhação, de rejeição, vexatórias, discriminatórias e constrangedoras com o objetivo de desestabilizá-la emocional e psiquicamente, quase sempre com severos reflexos na saúde física e mental.

É preciso ter presente, também, que no assédio moral no ambiente de trabalho não há a figura da culpa entre assediador e assediado, há sim a figura do dolo. O agente assediador pratica o ato de modo intencional e prolongado, constrange a vítima com o objetivo de desestabilizá-la, estabelecendo, assim, um terror psicológico e contaminando todo o ambiente de trabalho, e o faz de modo consciente e com o desejo de prejudicar e obter o resultado. Não há espaço para a figura da culpa!

A Professora Margarida Barreto, médica especialista em trabalho, defendeu sua tese de Doutorado, *Assédio Moral: a Violência sutil* (188 páginas, Pontifícia Universidade Católica – PUC, 2005), na área de psicologia social. Referido trabalho revela que a humilhação do chefe a seus subordinados é mais prejudicial à saúde do que se pode imaginar. São muitos e significativos os reflexos, tais como baixa autoestima e problemas de saúde, como depressão, angústia, estresse, distúrbios de sono, hipertensão, alteração da libido e pensamentos ou tentativas de suicídio. A pesquisa bem conduzida pela Professora Margarida Barreto consultou 42.000 trabalhadores em todo o país. Estarrecedor

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 43.

## DOCTRINA

o fato de que um quarto deles disse ter passado por algum tipo de humilhação ou situação vexatória. Importante destacar, abaixo, uma parte dessa pesquisa:

### RAIO X DA VIOLÊNCIA MORAL

#### *Quando acontece:*

50% várias vezes por semana;  
27% uma vez por semana;  
14% uma vez por mês;  
9% raramente.

#### *Quem pratica:*

90% chefe;  
6% chefes e colegas;  
2,5% colegas;  
1,5% subordinado contra chefe.

#### *O resultado:*

82,5% perda de ânimo e memória;  
75% sensação de enlouquecer;  
67,5% baixa autoestima;  
60% depressão.

A pesquisa revela um ambiente de trabalho preocupante. Não se está a dizer que os locais de trabalho são de todo ruins, absolutamente! Em verdade, o que se apresenta com estudos científicos indica que o olhar deve estar fixo nesse caminho inquebrantável de proteger a vítima desse terror psicológico e o próprio ambiente de trabalho. A pesquisa aponta, no universo de trabalhadores consultados, que o assédio moral com frequência é praticado pelo chefe contra subordinados, com resultado nefasto. Praticam também os colegas e até o subordinado contra o chefe, questão esta rara, mas presente. Aliás, a própria literatura brasileira nos dá resposta a essa questão. No romance *O Primo Basílio*, o escritor consagrado Eça de Queiroz nos apresenta um quadro inusitado dessa espécie de assédio moral, no qual a coitada da Luísa, esposa do conselheiro Jorge, foi martirizada moralmente até a morte pela sua criada Juliana.

Todas essas formas são típicas do assédio moral no ambiente de trabalho. O assédio moral descendente caracteriza-se pela ação de um superior hierárquico sobre um subordinado; o assédio moral horizontal caracteriza-se pela ação entre pessoas do mesmo nível hierárquico; e o assédio moral ascendente caracteriza-se pela ação de um subordinado em relação ao seu superior hierár-

## DOCTRINA

quico, é dizer, de baixo para cima, como nos apresenta a literatura anteriormente citada. Registre-se, por conseguinte, que esse é o menos frequente dentre os três, mas ocorre, e é mais comumente encontrado nas empresas públicas, em decorrência da estabilidade no emprego.

Cabe ainda considerar que não há problema algum em exigir metas dos trabalhadores. Qualquer instituição deve vislumbrar alguma meta e tentar obtê-la. Ao próprio Poder Judiciário foram estabelecidas metas pelo Conselho Nacional de Justiça, e não há problema algum. As metas bem definidas e realizáveis, ainda que apresentem certo grau de dificuldade, são saudáveis e trazem resultados e ganhos para todos. Metas irreais tornam-se desmotivadoras e perigosas pelo seu efeito destrutor sobre o meio ambiente e pelo seu desprezo pelos riscos impostos aos trabalhadores. É inútil e indiferente para com os fatores humanos impor uma meta que não será atingida. É como diz uma canção popular: “É inútil correr atrás do mundo, ninguém jamais o alcançará”.

A meta é um objetivo de resultado da empresa, e a ela deve associar a consideração de outros fatores humanos e morais, pois trabalho em excesso, exigência pela constante superação de metas, pressão pela apresentação de resultados inatingíveis, tratamentos autoritários das pessoas no desenvolvimento dessa tarefa de resultados e desrespeito ao papel que cada trabalhador desempenha na organização são algumas formas comuns de provocar assédio moral, sempre sob o argumento de que o trabalhador necessita ser pressionado para obter melhores resultados. Ora, só não sofre pressão quem já morreu! Mas a pressão deve ser exercida dentro dos limites normativos impostos de respeito aos valores fundamentais do ser humano, componente fundamental nessa relação jurídica. Já se disse que a pressão transforma carvão em diamante, mas também pode destruí-lo.

A pressão legítima exercida pelo empregador para que o empregado atinja metas não caracteriza, por si só, assédio moral. É preciso indagar se essa pressão é razoável, suportável, e faz parte do processo de crescimento do profissional, ou se produz consequências maléficas para quem é imposta com custo social que ultrapassa largamente o benefício oferecido.

A finalidade almejada pelo direito é a ordem, a segurança, a harmonia, a paz social e a justiça. As normas jurídicas, por sua vez, se pautam por ela, procurando meios que são para realizá-la. Portanto, diante da realidade apresentada, é necessário que o legislador, ainda omissivo, atue efetivamente no sentido profilático, pois somente assim a norma atingirá sua finalidade.

## DOCTRINA

O caminho da prevenção no direito é exatamente a questão fundamental que o legislador não pode transigir. A propósito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, cumpriu fielmente seu papel. Instituto de pouca vigência, pouco mais de duas décadas, comprovou de sobejo, com o testemunho da sociedade, a sua irrefutável valia. Afirmar a Lei, em seu art. 6º, que “são direitos básicos do consumidor”, elencando ao longo de inúmeros incisos os direitos que merecem proteção nessa relação consumerista, contudo, no inciso VI, antes de atribuir a reparação de dano no seu sentido mais abrangente, em face de quaisquer de suas violações, afirma que deve haver a efetiva prevenção. Vale destacar esta passagem: “VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Nessa perspectiva, o próprio legislador já sinalizou que o caminho é a prevenção, e mesmo assim o crescente número de assédio moral no ambiente de trabalho desafia a todos. Não há lei de âmbito nacional que discipline esse assédio, mas há leis nesse âmbito que já se preocuparam com a questão.

Nesse sentido, é de se notar que o legislador tem sido persistente no caminho de alertar as empresas privadas que em nosso país não se pode permitir o assédio moral. Coube à Lei nº 11.948, de 16 de junho de 2009, que constitui fonte adicional de recurso para ampliação de limites operacionais do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, esse recado direto. Referido Banco, principal braço financiador do Governo Federal, é uma empresa pública que oferece financiamentos de longo prazo para projetos de micro, pequenas e médias empresas. Seu objetivo é fortalecer a estrutura de capital das empresas privadas e, conseqüentemente, estimular o crescimento do país.

Conforme se vê especialmente no art. 3º: “Fica o Poder Executivo autorizado a incluir condicionamentos aos contratos de financiamentos decorrentes da aplicação de recursos de que trata o *art. 1º relativos à criação de postos de trabalho ou a restrição à demissão imotivada durante período convencionado*, respeitados os elementos de natureza econômica e financeira necessários à viabilidade dos projetos financiados”.

Mais adiante acrescenta: “Art. 4º *Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente*”.

As empresas cada vez mais exercem importante papel nas relações econômicas e sociais, e há na verdade uma enorme preocupação em saber o que a empresa faz em relação ao meio ambiente e às questões sociais. Vejam só o

impacto de uma condenação por assédio moral a um dirigente de empresa de iniciativa privada. A empresa poderá precisar de investimentos e uma condenação nessas condições poderá comprometer inteiramente seu futuro. Seguramente, não é isso que se quer, absolutamente! Contudo, esse foi o alerta do legislador, de maneira a indicar a necessária existência de um ambiente de trabalho onde as pessoas e seus direitos sejam respeitados.

Nessa ordem, assume particular importância a existência da multirreferida Lei nº 9.029/95, que proíbe expressamente a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º), e, logo no artigo seguinte, elenca práticas discriminatórias e as constitui crime (art. 2º). Importante também notar que, disciplinando corretamente o que é adequado para o ambiente de trabalho, contrariou as regras estabelecidas em nosso sistema jurídico, tipificando uma situação, com pena de detenção e multa para os sujeitos ativos dos crimes, *a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista e o dirigente de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (art. 2º, parágrafo único, incisos I, II e III) e não o fazendo através do Código Penal brasileiro.

Não podemos absolutamente negligenciar aqui a diferença existente entre assédio e discriminação. O assédio, presentes as particularidades já mencionadas, tem o objetivo de humilhar, independentemente das características pessoais da vítima, ao passo que a discriminação se dá pela retirada ou restrição a um direito, *e.g.*, na questão social ou ainda em relação às pessoas portadores de necessidades especiais.

Estabelece a Lei em comento (art. 3º) que, além da pena de detenção e multa anteriormente citadas, o responsável pela prática discriminatória ainda sofrerá outras cominações, como “multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência” (art. 3º, I). Estabelece, ainda, propositalmente referida Lei, e aqui reside uma semelhança com a Lei nº 11.948/09, quando adverte a empresa para as práticas que degradam o ambiente de trabalho. A propósito, o inciso II do art. 3º: “II – proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais”.

Trata-se, na verdade, de um caminho seguro já externado pela lei em abril de 1995 e que não se apresenta como algo novo em junho de 2009, alertando às empresas que praticam atos discriminatórios a examinarem essa prática e

## DOCTRINA

cessá-la imediatamente, pois, além de ser moralmente inadmissível, isso decerto refletirá de modo negativo na sua própria eficiência econômica.

De qualquer modo, esse art. 4º representa a gravidade do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, reconhecendo expressamente o direito à reparação pelo dano moral, prática incomum do legislador, porém louvável, mas também essa faculdade atribuída ao empregado quanto a sua readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do período do afastamento. Trata-se, como se vê, de uma legislação preocupada com a função social da empresa, indicando para que caminhe com sua participação no cenário econômico, mas que se tenha presente também a consideração de outros fatores humanos e morais que, ao longo de sua existência, são inegavelmente essenciais para a vida da empresa.

A outra questão que tem pertinência é a Portaria nº 3.214/78 – MTb, que possui uma NR que trata especialmente do *call center*, que são as centrais de atendimento ou *telemarketing* (NR 17 anexo II – Aprovado pela Portaria SIT nº 9, de 30 de março de 2007). Inovação importante que, na prática, parece não ter repercutido amplamente. São muitas as mudanças ocorridas nos últimos anos nessa atividade, em função, principalmente, do desenvolvimento tecnológico e do mercado de trabalho.

Com efeito, referida norma já no início (17.1) objetiva a proteção à saúde, ao conforto, segurança e desempenho eficiente. Posteriormente, tratou referida norma, em seu Anexo II, item 5.13, de vedar a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento. Importante destacar esta passagem:

“5.13. É vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como:

- a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho;
- b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda;
- c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores.”

Cumpra afirmar que referida Norma Regulamentadora nº 17 (Ergonomia) abrange todo o território nacional e possui aplicabilidade obrigatória, embora curiosamente já se ventilou a sua não obrigatoriedade de cumprimento por não

tratar de lei federal, no sentido de norma aprovada pelo Congresso Nacional. O argumento da inexistência de legislação específica não pode ser óbice à aplicação de medidas preventivas à saúde e à segurança desses trabalhadores, pois, do contrário, seria desconsiderar o vínculo existente nessa relação jurídica, retirando o magno direito fundamental da personalidade, que, efetivamente, encontra limites na noção de abuso de direito e no princípio geral de boa-fé que norteia toda e qualquer modalidade de contrato no mundo. Ninguém contesta que o meio ambiente salubre objetiva garantir a saúde física e mental do trabalhador, vislumbrando, assim, a eminente dignidade humana através do trabalho.

É de salientar que o legislador celetiano, em seu art. 200, incumbiu ao Ministério do Trabalho a tarefa de estabelecer disposições complementares às normas de proteção ao trabalho, tendo presentes as particularidades de cada atividade ou setor de trabalho, complementando, portanto, essa função delegada do legislador nacional. Nesse sentido, referida Portaria Ministerial nº 3.214/78, com suas alterações e acréscimos ocorridos ao longo dos anos, em especial a NR nº 17, para adaptar-se às características dessa nova atividade, fundamentalmente em função do desenvolvimento tecnológico e do mercado de trabalho, possui *status* de lei federal, por força do disposto no art. 200 da CLT, e, portanto, deve ser aplicada a todos os teletrabalhadores.

Percorrendo esse caminho, não é surpresa a busca pelo rigor da responsabilidade penal. Registra-se que o *bullying*, palavra que significa violência, posto que encontrado com larga escala no meio social, no lar, na família e nas escolas, revelando que não é exclusividade do ambiente de trabalho.

Foi assim que a comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para propor um anteprojeto de reforma penal decidiu criminalizar a conduta tipificada com o nome de “intimidação vexatória”. A conduta pode ser punida com prisão de um a quatro anos. Assim constou a redação do anteprojeto: “Art. 148. Intimidar, constranger, ameaçar, assediar sexualmente, ofender, castigar, agredir, segregar a criança ou o adolescente, de forma intencional e reiterada, direta ou indiretamente, por qualquer meio, valendo-se de pretensa situação de superioridade e causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial: Pena – prisão de um a quatro anos. Parágrafo único. Somente se procede mediante representação”.

Estudos apontam que adultos com determinados tipos de problemas mentais ou de comportamento foram vítimas de *bullying* na infância ou na adolescência, revelando os malefícios que essa conduta pode causar. A sociedade, por sua vez sempre presente, tem participado e aprofundado os debates

sobre o tema. Trata-se, portanto, de uma atitude que requer a presença da responsabilidade criminal.

Com respeito ao ambiente de trabalho, o legislador sensível à existência de uma conduta nociva também sugeriu criminalizá-la, objetivando inibir essa prática indesejável e com isso interromper o fluxo de humilhação presente no local de trabalho. A propósito, vale a advertência de Sir Arthur Conan Doyle: “Punir o crime é importante, preveni-lo ainda mais”. O substitutivo ao Projeto de Lei nº 4.742, de 2001, constou assim:

*“Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente, a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.*

*Pena – detenção de um a dois anos.”*

Como se vê, a conduta que se pretende tipificar como crime caracteriza-se pela reiteração de atos vexatórios e agressivos à imagem e à autoestima da pessoa. Extremamente importante essa tipificação e ainda oportuna para impedir a prática desse crime que efetivamente fortalece a discriminação no trabalho, a manutenção da degradação das relações laborais e a exclusão social, estudos sobre questões já há muito conhecidas.

Do maior interesse é o arbitramento do valor referente à reparação por dano moral em ação que se discute o assédio moral decursivo do ambiente de trabalho. O valor da condenação, em termos adequados, deve servir de alerta ao ofensor, de maneira a impedir que ele venha a praticar novamente o atentado. Deve ser algo que refreie seu desejo de continuar prejudicando o interesse de outrem, pois, do contrário, se esse valor não atingir sua finalidade social poderá passar uma ideia de impunidade, tão discutida nos tempos atuais. É sempre fonte de repetição de novos danos, posto que incentiva em vez de desestimulá-la. Nessa perspectiva, o caráter punitivo, indissociável da indenização em espécie, tem por finalidade evitar que o empregador continue a se omitir em suas obrigações de proteção, segurança e respeito nas relações de trabalho, sob o manto da impunidade.

Na verdade, o valor deve guardar rigor com os fatos apresentados e comprovados, na sua medida, constituindo, assim, elemento essencial de conservação da ordem social, tal como a prevenção. Contudo, por outro lado, e também importante, é que o valor da condenação sirva não somente para compensar o sofrimento daquele que sofreu a lesão, mas em especial para estabelecer uma



forma de respeito ao acervo de bens morais, tais como a dignidade, a honra, a honestidade e outros sentimentos nobres da personalidade do homem. O que não se pode permitir é que o trabalhador seja lesado no que ele tem de mais precioso: a honra. Não é por outra razão que o gênio Shakespeare, em *Ricardo II*, aclamou: “Minha honra é minha vida; meu futuro, de ambas depende. Serei homem morto se me privarem da honra”. Portanto, é um misto de pena e compensação, e atingida essa finalidade social da norma, alcança seguramente a prevenção. Em verdade, é preciso evitar esses absurdos e essa missão também pertence ao direito do trabalho.

Com frequência comum, a imprensa e os grandes meios de comunicação noticiam a existência do assédio moral no local de trabalho, especialmente com condenações pela Justiça, contribuindo para a conscientização de toda a sociedade, revelando as consequências malévolas dessa lesão para o trabalhador e para esse ambiente, e que, ao mesmo tempo, compromete a reputação e a imagem das empresas com prejuízos incalculáveis. Isso revela que é preciso agir no local de trabalho, local de ocorrência do conflito, de maneira a prevenilo, ou, quando muito, diminuir o impacto sobre todas essas preocupações que se fazem presentes no ambiente.

No empenho de promover um ambiente de trabalho saudável, a empresa deve instituir mecanismos internos de tutela, com o objetivo estratégico de impedir o fluxo de humilhação no trabalho. Não se trata de algo novo, mas de aqui reiterar a importância de procedimentos preventivos que impedem a ocorrência de atos que sejam praticados contra jus.

Nesse cenário, é preciso identificar a figura do assediador, aquele que geralmente é um chefe e exerce o poder, persegue seus subordinados, com o objetivo de desestabilizá-los física e emocionalmente. Identificar esse indivíduo é fundamental para desarmar a engrenagem que transforma trabalhadores em vítimas e que faz prosperar a violência no local de trabalho. Em regra, são pessoas de sucesso e, por essa razão, até são seguidas por muitos como exemplo para se alcançar esse tal sucesso, mas, na verdade, são pessoas que custam caro às empresas, pois diminuem a capacidade de inovar das equipes, não sabem manter os talentos e, ainda, podem levar organizações a pagar valores consideráveis por processos de assédio moral. São pessoas que costumam destruir os colegas de trabalho, são intimidadoras, retiram a energia das pessoas, exercitam a crueldade com seus subordinados, tiram a motivação e a energia de sua equipe, seus comandados ficam doentes, estressados e deprimidos, e, com isso, aumenta a taxa de absenteísmo, distração, dispersão e rotatividade, e isso reflete diretamente no resultado, pois, desmotivados, os funcionários

deixam de ter ideias, de inovar e de ser criativos. É preciso ter presente que hoje o diferencial competitivo são as pessoas.

Afinal de contas, a quem interessa a figura do assediador? Ouso afirmar que não interessa a ninguém e será extinta! Não há espaço para pessoas que revelam pouco ou nenhum apreço para com o ser humano. O importante professor de Economia Moderna de Harvard, Thomas Mallone, já afirmou com propriedade que “a unidade fundamental da nova economia não é a empresa, mas, sim, o indivíduo”, de maneira a indicar que não é somente a questão econômica que assume a primazia das ações do empresário. O ambiente de trabalho, como em sociedade, deve ser o local onde ninguém seja humilhado, perseguido. Na verdade, precisamos contribuir para a existência e a manutenção de relacionamentos saudáveis no trabalho, pois apontam influência positiva sobre o clima organizacional. O trabalho é parte fundamental da vida, pois, afinal, todos precisam mesmo trabalhar, e é evidente que num ambiente de trabalho com essa preocupação e esse sentido de prevenção teremos menos ocorrência de assédio moral.

Há pesquisas no Brasil e na Europa que apresentam uma conta assustadora de problemas relacionados à depressão, ao pensamento autodestrutivo e às tentativas de suicídio entre as vítimas desse tipo de violência. Para as empresas, são incontáveis os vários efeitos nocivos, desde os afastamentos, os acidentes de trabalho *lato sensu*, o alto índice de absenteísmo e o *turnover* com custo de reposição, a perda de equipamentos, a queda de produtividade em face do moral da equipe, os talentos reduzidos, os custos judiciais elevados e a redução do valor da marca, tudo isso com custo social altíssimo, como a incapacidade decorrente dos acidentes, aposentadorias precoces e a desestruturação de muitas famílias.

Particularmente importante, nesse momento, é definir os mecanismos de tutela. Primeiro é preciso admitir a possibilidade de ocorrência de assédio em todos os escalões da empresa. Antes de tudo, o assédio é uma forma de violência e deve ser identificado, reconhecido e tratado como um problema que merece atenção no ambiente de trabalho. O passo seguinte, uma vez reconhecida essa possibilidade, é mostrar disposição em apurar, coibir, punir os responsáveis, sem exceção, criar instrumentos de controle e assumir que não existem pessoas intocáveis quando se trata de melhorar o comportamento organizacional e as condições do ambiente.

É preciso sinalizar para a sociedade que essa empresa não tolerará assediadores e que aqui ninguém será assediado. Para que essa vontade possa produzir os efeitos a que se destina, é necessário dar origem a instrumentos confiáveis e expeditos para a denúncia e a apuração dos fatos, deixando absolutamente

## DOCTRINA

claro que todos perdem quando ocorre o assédio e que é algo devastador na vida de alguém, contamina o ambiente e afeta, por sua vez, o equilíbrio social. A vontade e a determinação da empresa na construção de um caminho que iniba esse processo silencioso de destruição do ambiente de trabalho revelam que não se pode endossar atitudes que causem desrespeito e danos ao mais sagrado de todos os direitos, o de ser tratado como ser humano.

Na verdade, o assédio é uma questão moral, econômica e social. O *marketing* social também tem sido um ótimo instrumento das entidades sindicais para combater essa conduta perversa, na medida em que ajuda na conscientização dessa prática. Devem sempre defender a segurança e a saúde dos trabalhadores durante suas negociações coletivas.

Economistas apontam que, no Brasil, por razões culturais, os custos do assédio moral são bem mais elevados que a prevenção e, em regra, não tem sido prioridade patronal o investimento na prevenção. Há grandes companhias que já possuem normas *anti-mobbing*, tais como a Volkswagen, na Alemanha. Essa empresa proibiu, por exemplo, um empregado de espalhar boatos. Essas regras, presentes desde 1996, possuem boa aceitação, sobretudo no alto escalão da empresa, uma vez que a queda de 1% no absenteísmo significou uma poupança de 50 milhões de dólares por ano, procedimento este que vem sendo aplicado com sucesso.

Creio que o caminho de criar um código de conduta com programas que combatam o assédio moral é de fundamental importância. Empresas que se preocupam com essas questões têm boa imagem e revelam preocupação com seus colaboradores e com a sociedade, o que chamamos de responsabilidade comportamental. Estou convencido de que a boa empresa não é somente aquela em que o assédio necessariamente não ocorra, mas também aquela que, quando ele ocorre, sabe enfrentá-lo com coragem e determinação. Afirmo isso porque a omissão é danosa para todos, pois dificulta e até impossibilita as ações preventivas que poderiam coibir a proliferação do problema. A ideia é que as empresas atinjam, sim, seus fins econômicos, mas que a preocupação fundamental seja a busca de um ambiente de trabalho saudável, onde as pessoas não são apenas o meio, mas, sim, a finalidade para se alcançar os objetivos.

O trabalhador precisa de proteção diante de humilhações e perseguições advindas dos assediadores. As empresas também precisam de proteção e, por isso, devem incluir em suas prioridades a concreta preocupação com o meio ambiente de trabalho, com o efetivo combate ao assédio moral, com programas de responsabilidade social e ambiental, prevenindo danos de atos cujas consequências já são conhecidas e, com isso, sua própria sustentabilidade. A

## DOCTRINA

sociedade, da mesma forma, necessita dessa proteção, pois o prejuízo imposto ao trabalhador e ao ambiente laboral causa dano à ordem social.

Concluindo, para encerrar este trabalho, que pretendeu apenas traçar breves considerações a respeito dos caminhos preventivos no ambiente de trabalho frente ao assédio moral, desde a experiência internacional, o alerta do legislador brasileiro e sua preocupação com a questão social, a criminalização da conduta, passando, ainda, pela importância do valor arbitrado em condenação judicial e, em especial, pela criação de mecanismo de tutela no âmbito empresarial capaz de assegurar a preocupação com o próprio homem no local de trabalho e garantir a eficácia dos esforços necessários para evitar a violência em suas dependências. Por outro lado, ainda, as instituições comprometidas com o direito do trabalho têm o dever de mobilizar toda a sociedade e conduzir o tema a uma discussão ampla, apresentando estratégias preventivas e imediatas e que sejam traçadas e executadas com o claro propósito de enfrentar a situação. O respeito ao ser humano é um dos traços mais admiráveis em nosso convívio, e pregamos incessantemente esse caminho, que é a consagração de uma causa comum, o aperfeiçoamento da vida humana.

Quanto tem sofrido o progresso humano por causa de pessoas que, por seus preconceitos ou interesses adquiridos por falta de valor moral, têm resistido a acomodar as ideias à realidade do momento em que vivemos e à evolução do homem! Penso, pois, que a luta pelo aperfeiçoamento do indivíduo no mundo do trabalho não será em vão se houver identificação completa com o bem. O sentido muitas vezes mecânico que se atribui às coisas, desprezando o indivíduo com suas características, seus problemas, não contribuiu para o aperfeiçoamento pretendido e, seguramente, não é um sentido próprio representativo de nossa época. É preciso ter presente todos esses componentes humanos no atual estágio construtivo das relações de trabalho. Não posso crer, por um momento, sob pena de se abalarem os próprios alicerces da razão, que o ambiente de trabalho não seja fundamentalmente bom e não siga, através de sua história, uma alta finalidade do bem.



---

## Notas e Comentários

---



## ELEITA NOVA ADMINISTRAÇÃO DO TST

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho elegeu como seu novo Presidente, em 11 de dezembro, o Ministro Antonio José Barros Levenhagen. Foram eleitos, ainda, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, para a Vice-Presidência, e João Batista Brito Pereira, como Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho.

Atual Vice-Presidente do TST, Levenhagen fez referência ao grande volume de processos que chegam ao Tribunal. “Temos vivido um contínuo acréscimo de processos e precisamos ter alguma iniciativa para essa carga sobre-humana”, disse.

De acordo com o Presidente eleito, “é preciso que a sociedade saiba o quanto se trabalha no Tribunal Superior do Trabalho”, considerando o número de recursos que ingressam na Corte. “Precisamos ter condições de discutir teses sem prejuízo da saúde do magistrado, do seu convívio social e com disponibilidade para a elaboração de votos consistentes e de qualidade”, afirmou.

Mineiro de Baependi, Barros Levenhagen iniciou a carreira na magistratura trabalhista em São Paulo, em 1980. Nomeado por merecimento ao TRT de Campinas em 1993, chegou ao TST seis anos depois, onde presidiu a Quarta Turma e integrou o Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Foi também Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho.

Ives Gandra Martins Filho nasceu em São Paulo. É professor e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Chegou ao TST em 1999, pelo quinto constitucional. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Atualmente é Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho (CSJT).

João Batista Brito Pereira nasceu em Sucupira do Norte (MA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Pós-Graduado em Direito Público, ingressou no Ministério Público do Trabalho em maio de 1988. Foi Subprocurador-Geral do Trabalho, cargo que exerceu até sua posse no Tribunal Superior Trabalho, em 31 de maio de 2000.



## TST PROMOVE SEMINÁRIO SOBRE PRESERVAÇÃO DOCUMENTAL

O Tribunal Superior do Trabalho realizou, nos dias 7 e 8 de novembro, o seminário *Preservação Documental: Dever do Estado e Direito do Cidadão*. O objetivo do evento foi aprofundar o debate sobre a importância da preservação dos processos e documentos produzidos pela Justiça do Trabalho.

No discurso de abertura, o Presidente do TST, Ministro Carlos Alberto, destacou que “a Justiça do Trabalho, em sua recente história, não tem olvidado esforços no sentido de garantir e executar a gestão documental sistemática e profissional, voltada para a preservação efetiva de sua memória histórica e institucional”.

Carlos Alberto enumerou algumas iniciativas recentes para a preservação da memória da Justiça do Trabalho, entre elas a criação do Grupo de Trabalho e Regulamentação do Acervo Histórico da Justiça do Trabalho e do Grupo de Trabalho de Gestão Documental. Vinculado ao CSJT, este último foi instituído em 2013 e é presidido pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, com a assessoria da Ministra Maria de Assis Calsing. O Presidente citou também o projeto de modernização dos arquivos da Justiça do Trabalho, cuja descentralização foi realizada também este ano, o que possibilitou o atendimento de pleito de 21 TRTs e suas unidades gestoras de documentos; o projeto de ampliação e melhoria dos centros de memórias dos TRTs; o projeto multiplicador da gestão documental, voltado para a capacitação de tal gestão, e a edição do Manual de Gestão Documental da Justiça do Trabalho.

O Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente da Comissão de Documentação do TST e Coordenador do Comitê Gestor do Programa Nacional de Resgate da Memória da Justiça do Trabalho, agradeceu ao Ministro-Presidente pelo apoio à consecução da consciência de preservação da memória da Justiça do Trabalho. Vieira de Mello afirmou que tem sido estoica a luta pela preservação da memória. “É importante que tenhamos uma perspectiva bifronte desse encontro. Não é apenas a garantia de acessos aos acervos, mas também a construção da memória de atuação do Judiciário Trabalhista”, ressaltou.

### *Semana da Memória*

Paralelamente ao Seminário, o TST promoveu, de 4 a 8 de novembro, a Semana da Memória, que contou com a exposição *Da Senzala à CLT*, do

TRT da 8ª Região (PA e AP), a apresentação do filme *Processo Trabalhista 491/2000*, sobre o trabalho escravo na Região Norte, e uma mostra fotográfica da *Exposição Itinerante Comemorativa dos 70 Anos da CLT*, realizada pela Coordenadoria de Gestão Documental e Memória do TST.

## **TST REALIZA SIMPÓSIO SOBRE ORGANIZAÇÃO E GARANTIAS SINDICAIS**

O TST promoveu, em 25 de novembro, o simpósio *Organização e Garantias Individuais*. O encontro reuniu entidades sindicais patronais e de empregados, advogados, juristas, magistrados, especialistas em relações de trabalho e membros do Ministério Público para discutir temas polêmicos ligados à questão sindical.

A proposta principal do simpósio foi reunir a pluralidade de ideias, sobretudo sobre situações ainda não sedimentadas tanto na legislação quanto na jurisprudência. Entre elas estão as disputas sobre representatividade, o impacto das mudanças nas formas de produção sobre a estrutura sindical brasileira, a competência da Justiça do Trabalho em relação aos conflitos intersindicais – tema recente sobre o qual ainda não se tem jurisprudência consolidada – e os critérios para o desmembramento de categorias. Vários desses temas vêm sendo trazidos ao TST pelas próprias entidades da sociedade civil, o que sinaliza a necessidade de discussão.

Ao longo do dia, os expositores participaram de cinco painéis, que abordaram temas como as perspectivas das organizações sindicais em face das mudanças do modo de produção, as garantias dos dirigentes sindicais e a proteção em face dos atos antissindicais, os conflitos de representatividade sindical: critérios para a definição da legitimidade, e a negociação coletiva e a atuação judicial.

## **TST PROMOVE SEMINÁRIO JUSTIÇA SOCIAL E ACESSIBILIDADE**

O Tribunal Superior do Trabalho promoveu, em 10 de outubro, o seminário *Justiça Social e Acessibilidade*, que teve como proposta formar uma nova

cultura organizacional sobre o tema na Justiça do Trabalho. Um dos palestrantes foi o especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental Sérgio Paulo Nascimento, que falou sobre os conceitos, as tendências e os desafios da acessibilidade. Paulo Sérgio Pinheiro é também Coordenador-Geral de Acessibilidade da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Sérgio Paulo explicou que a preocupação com acessibilidade teve um enorme crescimento mundial nos últimos anos, mas, no Brasil, o tema passou a ser comumente abordado há apenas dois anos, quando foi criado o plano Viver sem Limite. O plano é um programa da Presidência da República que conjuga ações de 15 ministérios para efetivar os direitos assegurados a pessoas com deficiência. Foram destinados para o programa R\$ 7,6 bilhões, a serem investidos em iniciativas ligadas à acessibilidade até 2014.

O evento foi coordenado pelo TST e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), e realizado pela Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação (Fundac), com patrocínio da Caixa Econômica Federal.

### **TST RECEBE SESSÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**

Em audiência pública da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) realizada no TST, a República da Colômbia reconheceu a responsabilidade parcial do Estado por violações aos direitos humanos ocorridas na operação de retomada do Palácio da Justiça, em novembro de 1985. A audiência pública ocorreu nos dias 12 e 13 de novembro no TST e faz parte do 49º Período Extraordinário de Sessões da Corte IDH. Participaram da sessão, além dos integrantes da Corte, membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da República da Colômbia e das vítimas.

A manifestação do governo colombiano ocorreu no âmbito do caso Rodríguez Vera e outros *versus* Colômbia, no qual a Corte examina o desaparecimento de 13 pessoas em operação militar de retomada do Palácio da Justiça, em Bogotá, sede da Suprema Corte e do Conselho de Estado colombiano, ocupado por guerrilheiros do Movimento 19 de Abril. A operação envolveu órgãos de inteligência e de segurança, as forças armadas e policiais, o Ministério da Defesa e a Presidência da República.

## NOTAS E COMENTÁRIOS

O caso chegou à Corte IDH por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Na audiência do TST, o Presidente da comissão, José de Jesús Orozco, afirmou que os desaparecidos sobreviveram à operação de retomada e estiveram sob a guarda das forças armadas fora do Palácio. “Os 13 desaparecimentos forçados e os quatro casos de tortura continuam impunes”, afirmou Orozco. “Apesar da passagem dos anos, o caso ainda não foi resolvido, e seu impacto na vida das vítimas, de seus familiares e da própria sociedade colombiana exige uma resposta integral, que inclui medidas de esclarecimento, responsabilidade civil, penal e disciplinar, reparação, e não repetição”, disse.

