

INOVAÇÕES E TRABALHO

O direito do trabalho em tempos de mudança



Leandro do Amaral D. de Dorneles
Luciane Cardoso Barzotto
organizadores



UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO
GRANDE DO SUL

Reitor

Rui Vicente Oppermann

Vice-Reitora e Pró-Reitora
de Coordenação Acadêmica

Jane Fraga Tutikian

EDITORA DA UFRGS

Diretor

Alex Niche Teixeira

Conselho Editorial

Álvaro R. C. Merlo

Augusto Jaeger Junior

Enio Passiani

José Rivair Macedo

Lia Levy

Márcia Ivana de Lima e Silva

Naira Maria Balzaretto

Paulo César Ribeiro Gomes

Rafael Brunhara

Tania D. M. Salgado

Alex Niche Teixeira, presidente

INOVAÇÕES E TRABALHO

O direito do trabalho em tempos de mudança

Leandro do Amaral D. de Dorneles
Luciane Cardoso Barzotto
(Organizadores)

© dos autores
1ª edição: 2020

Direitos reservados desta edição:
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Capa: Paginaria
Revisão: Carlos Batanoli Hallberg
Editoração eletrônica: Paginaria

I58 Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança [recurso eletrônico] / organizadores Leandro do Amaral D. de Dorneles [e] Luciane Cardoso Barzotto. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020.
288 p. : pdf

1. Direito. 2. Direito do trabalho. 3. Trabalho – Inovação. 4. Relações trabalhistas. 5. Contrato de trabalho temporário. 6. Negociação coletiva. 7. Reforma trabalhista – 2017. 8. Organização Internacional do Trabalho. 9. Consolidação das Leis do Trabalho. 10. Imigrantes – Contrato de trabalho. 11. Uber – Autonomia – Subordinação – Plataformas digitais. I. Dorneles, Leandro do Amaral D. de. II. Barzotto, Luciane Cardoso.

CDU 331

CIP-Brasil. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação.
(Jaqueline Trombin– Bibliotecária responsável CRB10/979)

ISBN 978-65-5725-017-4

SUMÁRIO

Apresentação	7
A essência das relações trabalhistas e a proteção das futuras gerações..... <i>Geralda Magella de Faria Rossetto e Josiane Rose Petry Veronese</i>	9
Análise comparativa do contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha	33
<i>Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira</i>	
A negociação coletiva sob a perspectiva constitucional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais	57
<i>Gilberto Stürmer e Luiz Filipe Duarte</i>	
A reforma trabalhista de 2017: necessidade, adequação e proporcionalidade	75
<i>Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles</i>	
A reforma trabalhista de 2017 e a prescrição.....	97
<i>Rodrigo Coimbra</i>	
Direito Coletivo do Trabalho: dos desenhos às garatujas	119
<i>Daniele Gabrich Gueiros</i>	
Elementos práticos para compreensão do sistema de paradigmas judiciais obrigatórios dos tribunais na Justiça do Trabalho de acordo com a reforma trabalhista no processo do trabalho brasileiro.....	143
<i>Alexei Almeida Chapper</i>	
Interpretação e heterointegração das convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho no Direito brasileiro	157
<i>Maurício de Carvalho Góes e Denise de Oliveira Horta</i>	
O trabalho decente/digno e os desafios da (des)igualdade de gênero no mundo do trabalho contemporâneo	191
<i>Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira</i>	

“Rarefação” da subordinação na CLT reformada? Uma análise conforme José Martins Catharino e a “tradição” de Hans-Georg Gadamer.....	217
<i>Dartagnan Ferrer dos Santos</i>	
Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)	243
<i>Luciane Cardoso Barzotto e Leonardo Stocker Pereira da Cunha</i>	
Uber – autonomia e subordinação em plataformas digitais	261
<i>Mário Garrastazu Médici Neto</i>	

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea, denominada *Inovações e Trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*, discute aspectos diversos e atuais pertinentes ao direito do trabalho. Organizada pelos professores *Leandro do Amaral D. de Dorneles* (UFRGS) e *Luciane Cardoso Barzotto* (UFRGS), reúne valiosas contribuições de *Geralda Magella de Faria Rossetto* e *Josiane Rose Petry Veronese*; *Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira*; *Gilberto Stürmer* e *Luiz Filipe Duarte*; *Rodrigo Coimbra*; *Daniele Gabrich Gueiros*; *Alexei Almeida Chapper*; *Maurício de Carvalho Góes* e *Denise de Oliveira Horta*; *Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira*; *Mário Garrastazu Médici Neto*; *Dartagnan Ferrer dos Santos*; *Leonardo Stocker Pereira da Cunha*; além, é claro, da participação de seus organizadores.

A coletânea aborda os mais diversos temas na área jurídica laboral, que, aliás, está em plena efervescência. Em tempos de profundas mudanças no mundo do trabalho e de uma polêmica reforma trabalhista na legislação brasileira, nada mais necessário do que discutir e rediscutir vários dos alicerces desta disciplina jurídica. O leitor encontrará, nesta obra, textos abordando pontos diversos da citada reforma, bem como outros temas não menos importantes à compreensão do direito do trabalho contemporâneo, não diretamente impactados pela recente mudança normativa.

Esperando contribuir para o debate acadêmico, desejamos a todos uma ótima leitura.

Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
Luciane Cardoso Barzotto
(Organizadores)

A ESSÊNCIA DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A PROTEÇÃO DAS FUTURAS GERAÇÕES

Geralda Magella de Faria Rossetto*
Josiane Rose Petry Veronese**

A hipótese que pretendemos lançar neste texto diz respeito à indispensabilidade da matriz teórica transdisciplinar, enquanto método na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, no caso, voltada à temática do trabalho – e do trabalhador – e de suas implicações de cunho jurídicas. Nesse sentido chamamos atenção para dois autores, um deles, Leonel Severo Rocha (2003, p. 40-44), o qual comunga de referido entendimento. De forma diversa, Sidney Francisco Reis dos Santos (2005, p. 35-50), apresenta-se contrário a essa possibilidade.

O propósito deste estudo, em síntese, parte da transdisciplinaridade, conjuga a integração dos saberes, passa pela teoria jurídica na esfera das relações do trabalho para, então, conferir guia à proteção das futuras gerações – notadamente à criança e ao adolescente.

O trabalho, quer na dimensão do seu contexto, quer no espaço e agenda dos povos, em que pese o fato de que despicienda a fórmula de

* Doutoranda em Direito pelo Programa de Doutorado em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. Mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo. Procuradora Federal/AGU, em exercício na UFSC. Professora convidada de cursos de graduação, pós-graduação e colaboradora da Escola da Advocacia Geral da União. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente – Nejusca e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade/CCJ/UFSC. <http://lattes.cnpq.br/4370737434277404>. Email: geraldamagella@gmail.com; geralda.magella@ufsc.br.

** Professora Titular da disciplina Direito da Criança e do Adolescente, da Universidade Federal de Santa Catarina, na graduação e nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Mestre e Doutora em Direito. Pós-doutorado na Faculdade de Serviço Social da PUC/RS. Coordenadora do Nejusca – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e subcoordenadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade/CCJ/UFSC. E-mail: jpetryve@uol.com.br.

sua organização e realização, ocupa destaque na cena dos dias atuais. Portanto ele é, sem dúvida, uma invenção da modernidade para o qual contribuíram diversos autores. Por assim dizer, John Locke (1632-1704) e a propriedade, na qual o trabalho passou a deter importância; Adam Smith (1723-1790) e a riqueza sobre o valor da permuta estabelecido pelo trabalho e, enfim, Karl Marx (1818-1883) e o capital, o trabalho passa a deter a essência da humanidade e a comportar como o *modus* de sua tradução.

É pelo trabalho que a dignidade laboral se revela, enquanto pelo viés de sua fundamentalidade ele se projeta, desenvolvendo e sustentando sua originalidade. De igual forma, pela propriedade ele passa a deter importância nas relações humanas, e a, também, tecer destaque à economia, justamente pela riqueza que lhe foi e segue reconhecida.

O mal-estar, típico da sociedade contemporânea, está a exigir esforços e soluções para as muitas questões que a assola. Mas, provavelmente, o trabalho, quer em sua organização, relação e tradução, é o desafio que melhor comporta o seu próprio reconhecimento, e, também, é o *locus* de maior representação social e está a desafiar nossa humanidade. Aliás, enquanto categoria é, sem dúvida, a despeito de outras possibilidades, a medida de esforços que se faz possível para dar início ao estudo e compreensão do fenômeno, que ousa intervir sobre suas manifestações e que estão a atravessar sujeitos, instituições e sociedades.

Por assim dizer, o estudo pertinente à temática da categoria do trabalho comporta várias análises. Sem dúvida, no viés deste, indicamos pelo destaque a esfera social, econômica e sociológica –especialmente estas nos convêm apontar – em que a tradução normativa usufrui função matriz em todas as áreas, com a reivindicação da valoração das tradições e a autenticidade de sua cultura, de onde nos socorre dizer que, dadas as emergências de suas questões, vários saberes e práticas lhes diz respeito, como também, não só, está a agregar os estudos de ordem puramente disciplinar, indo além, e segue convocando uma relação inter e intra-disciplinar e, sobretudo, transdisciplinar – esta sim usufrui de eficácia e de efetividade. Justamente aqui reside a hipótese lançada no início deste estudo, cuja proposta encontra-se voltada a uma nova forma de cienti-

ficidade para o direito, revelada pelos estudos que ultrapassam a singela análise de um texto, ou vários – no viés multidisciplinar, para o qual não basta, e segue necessária a sua reconstrução, uma justa análise e vocação transdisciplinar.

Do exposto, cumpre apontar que a distribuição deste ensaio, representativa das linhas antes indicadas, seguiu três caminhos, assim intitulados: o multi, o inter e a transdisciplinaridade e o pacto trabalhista; a essência das relações trabalhistas; a trajetória da proteção e assistência à criança e ao adolescente na esfera constitucional e a proteção das futuras gerações e o “mundo do trabalho”, além da introdução, conclusão e referências.

Com o propósito de cumprir o objetivo proposto no presente estudo, será utilizado como método de abordagem o lógico dedutivo, como método de procedimento o histórico, descritivo e argumentativo, sendo, ainda, monográfico, e a técnica da pesquisa segue a matriz bibliográfica e documental, com o emprego de livros, revistas especializadas, teses e dissertações pertinentes.

O multi, o inter e a transdisciplinaridade e o pacto trabalhista

A integração dos saberes ou a sua fragmentação é a razão de análise desta parte. Para tanto, convém ser especificado o significado de cada uma dessas categorias pertencentes à dimensão disciplinar. Esclareça-se, de antemão, que a indicação desses aspectos tem como finalidade exatamente fazer clarear a concepção do direito moderno, sobretudo na recepção ao direito do trabalho, tomados estes enquanto categorias elementares e que, na atualidade, conheceram a cisão da ordem para a ordem, do simples para o complexo, e de onde ocorre a importância da transdisciplinaridade para a sua compreensão. Senão, veja-se.

Ainda que não necessariamente objeto do presente, a interdisciplinaridade diz respeito a um tipo de conhecimento científico que ocorre dentro de uma mesma área. É uma espécie de comunicação interna, voltada para a esfera de uma mesma disciplina.

A expressão multidisciplinar diz respeito às várias disciplinas, tomadas isoladamente, ou em conjunto, desde que cada uma tenha relação própria sem se ocupar necessariamente com sua outra disciplina coirmã. Elas remetem ao interior de cada uma das disciplinas, sem o estabelecimento de vínculos entre si, a não ser para o valor de cada disciplina. Santos indica que o conhecimento científico multidisciplinar “é um tipo de conhecimento científico que busca dividir funções com outras áreas da ciência, mas sem se comunicarem entre si” (2005, p. 38), como também, “não dialogam entre si sobre um mesmo objeto de estudo em comum” (Santos, 2005, p. 38).

A interdisciplinaridade diz respeito às várias disciplinas, porém estas são distintas da anterior, pelo contexto com que são articuladas. No caso, há uma projeção de uma gama de disciplinas visando resolver um determinado problema ou encontrar uma solução ou resposta para a ciência, qual seja, conforme aponta a doutrina, faz referência a um tipo de conhecimento científico que se comunica entre áreas de ciências diferentes e tem como escopo a construção de uma sociedade mais ética e democrática (Santos, 2005, p. 38-39).

Japiassu (1976, p. 118) alerta que no interior de cada disciplina existe sempre um certo projeto inconsciente de dominação do mundo intelectual de forma que, para que um projeto de reestruturação possa desenvolver-se faz-se necessária a realização de um projeto que leve em conta a existência de recobrimentos, de interdependências, de “transespecificidades” e de “transcausalidades”, tornando-se necessário evitar o engodo advindo da disciplina-fronteira e até da pluridisciplinaridade.

Não só isso, Japiassu (1976, p. 120-121) refere a existência de algumas características marcantes para a interdisciplinaridade, quais sejam, no interior de uma disciplina científica há necessidade de apelo a postulados, conceitos e resultados de pesquisas que dependem de disciplinas vizinhas, da mesma forma que o estudo interdisciplinar revela-se em dois níveis que englobam posições metodológicas fundamentais: o nível da demarcação pluridisciplinar, a qual contempla um objeto sob diferentes ângulos, sem a existência de um acordo prévio quanto aos seus conceitos ou aos

seus métodos; o nível da pesquisa interdisciplinar, que pressupõe uma integração das disciplinas, a qual segue construída sobre dois estágios fundamentais: o dos conceitos e o dos métodos.

Após o conhecimento científico interdisciplinar, sem dele gerar dependência, ou mesmo sem gerar sucessão, a transdisciplinaridade é a mais completa dentre elas, na medida em que realiza o próprio vínculo, além de estabelecer a necessária relação entre os saberes, extraindo da lição de cada uma das disciplinas, a chave para a resolução de determinadas questões. Não esgota aí a dimensão transdisciplinar, posto que ela comporta níveis de realidade, novas lógicas e resta afeita às questões vinculadas à complexidade.

A expressão “transdisciplinar” é recente se comparada às suas disciplinas coirmãs. O físico romeno Nicolescu (1999, p. 7), em obra inicialmente editada em 1994, pondera que referida palavra surgiu há cerca de três décadas,¹ quase que simultaneamente, nos trabalhos de pesquisadores diversos, citando como exemplo Jean Piaget, Edgar Morin e Erich Jantsch. Na edição brasileira, em comentário dos editores, está registrado:

A Transdisciplinaridade é uma nova abordagem científica, cultural, espiritual e social. Ela, como o prefixo *trans* indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para a qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento (Nicolescu, 1999).

Em outra concepção mais resumida, Althoff e Fraga revelam que Nicolescu destaca a lexia transdisciplinar em um texto que Jean Piaget elaborou no ano de 1970 para um colóquio sobre interdisciplinaridade, onde aduz, de forma definitiva, para os dias atuais:

Enfim, sucedendo a etapa das relações interdisciplinares, pode-se esperar uma etapa superior que será transdisciplinar, que não se contentará em atingir interações ou reciprocidades entre pesquisas especializadas, mas situará essas ligações no interior de um

¹ Atualizada para os dias atuais, pode-se inferir que a palavra surgiu há cerca de cinquenta anos.

sistema total sem fronteiras estáveis entre as disciplinas (Althoff; Fraga, 2003, p. 15).

Reconhecendo a existência de significação entre diferentes níveis de realidade, a concepção de Nicolescu (1999) gera formulações que permitem significações nas seguintes ordens: além dos níveis de realidade, pertinentes aos sistemas invariantes, Nicolescu recepciona a lógica do terceiro excluído, complementando-a com a *lógica do terceiro incluído de Lupasco*, em que aquilo que parece desunido está unido (A, não-A e T), os quais coexistem ao mesmo tempo (1999, p. 7).

Com efeito, a “lógica do terceiro incluído é uma lógica da complexidade, que permite atravessar os diferentes campos do conhecimento. Ela não elimina a lógica do terceiro excluído, apenas limita a sua área de validade” (Althoff; Fraga, 2003, p. 19), mais que isso, cumpre reforçar que a “lógica do terceiro excluído é validade para situações simples, mas é nociva nos casos complexos, como, por exemplo, no campo social e político” (2003, p. 19).

É fato que “a natureza ignora as fronteiras disciplinares criadas para conveniência e facilidade de compreensão humana” (Ronchi, 2003, p. 59) e, também, “que não é possível propor a religação dos saberes sem que junto haja uma inter-relação de signos, sejam de natureza científica, filosófica, artística ou religiosa” (Fraga, 2003, p. 53). Ainda, “somente uma nova matriz teórica transdisciplinar pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e observação dos acontecimentos deste início de século” (Rocha, 2003, p. 40).

Firme nos propósitos acima indicados, é certo que a experiência do trabalho (sua prática), agregada à teoria que a sustenta, tem muito a contribuir e parece ser um campo de atuação e de grande destaque a ilustrar uma nova hermenêutica afeita à área em comento. No dizer de Rocha, “entendemos que a transdisciplinaridade é o caminho para a observação dos caminhos que o direito vai percorrer neste século XXI” (2003, p. 43).

Ainda que a posição ora indicada receba críticas, como sói acontecer à indicação de Santos, para quem “o Direito não trata de temas

transdisciplinares, mas sim de interdisciplinares” (2005, p. 39), é de se reconhecer, na carona dos conceitos transdisciplinares, que a categoria do trabalho submetido ao viés transdisciplinar certamente receberá ressignificação preciosa ao seu enfrentamento, crítica e estudo, formatando sua matriz disciplinar com elementos de rico e variado significado.

A essência das relações trabalhistas

O termo “trabalho”, segundo Fragale Filho, tem origem no latim *tripalium*, cuja armação segue utilizada nas fazendas para auxiliar nos partos e na ferragem dos animais, restando vinculado à dor, ao suplício e ao sofrimento. Por isto mesmo, em sua forma original, a noção de trabalho consiste em fazer sofrer (2006, p. 829).

Na contemporaneidade o trabalho experimentou uma transformação de sentido, restando vinculado à concepção de utilidade, de esforço e de atividade e distribuição de tarefa. O valor de seu uso, a sua medida de valia às disposições de tudo o que pudermos associar ao trabalho, incluindo as atividades que o constituem, conferem pistas ao seu atual mundo: de saber especializado, de divisão de tarefas, de penosidade e não penosidade, de ação e atuação, de forma a estabelecer os limites da troca, da concorrência e da própria organização social.

Não é por outro motivo que o trabalho terá seus elementos vinculados às relações de propriedade conforme defende John Locke (1632-1704), na riqueza sobre o valor da permuta estabelecido pelo trabalho de que nos informa Adam Smith (1723-1790), e de relações sociais de produção nos termos conforme apura Karl Marx (1818-1883), com o seu sentido de capital, mas é na esfera do direito que vamos encontrar o grande conforto de proteção que o trabalho requer, sobretudo, quando se pensa em sua categoria voltada para as futuras gerações e para a proteção de seus direitos.

Touraine refere um ponto de crucial importância a respeito do que estamos tentando dizer: “A ideia de sujeito implica a ideia de direitos, e a ideia de direitos implica a democracia, definida como o governo da lei ao

serviço dos direitos, que são afirmados e defendidos pelos atores e pelos movimentos sociais que falam em nome do sujeito, isto é, em nome do *direito* dos indivíduos terem direitos” (2007, p. 36).

Contudo, na esfera deste estudo, há um aspecto particular: a compreensão de que os direitos relacionados ao trabalho requerem pensar em uma cidadania precoce, preventivamente considerada para um futuro próximo, de onde nos acorre uma ideia de direitos projetados para as futuras gerações e que requerem um grau de proteção que precisa começar no presente imediato para ser oportunizado no futuro. Portanto, os direitos afeitos aos indivíduos, no caso desses, têm como sujeitos de tais direitos as gerações vindouras.

Dentro dessa linha de análise, o sentido do presente estudo é: dar ênfase ao trabalho, tomado este na esfera dos “direitos que fixam as condições de atuação dos empregados (direitos trabalhistas) e a oferta suficiente de empregos de livre escolha (direito ao trabalho)” (Krell, 2006, p. 248). Porquanto serem tais direitos a mostra de representação para várias áreas de estudo no qual esse segue alinhado, mas é, sem dúvida, na esfera dos direitos sociais que vamos encontrar o quadro dos direitos que pretendemos examinar.

Nesse viés, o estabelecimento dos direitos sociais, vinculados esses aos direitos fundamentais, bem como da dinâmica de sua eficácia jurídica e efetividade social, incluindo também a eficiência dos instrumentos disponíveis no sistema jurídico, aportam nos direitos trabalhistas sabedores que as relações dele decorrentes primam pela concepção de que a garantia da liberdade é dependente das bases materiais para uma vida digna e que se faz reconhecida.

Com esse intento, *grosso modo*, vislumbra-se a presença de um pacto trabalhista, inclusive porque rompemos com o individualismo e agregamos valor às conquistas de cunho coletivo. Não que o primeiro (o individual) não mereça reconhecimento, mas é fato que, embora pertençam ao mesmo objeto de estudo, o coletivo segue em destaque, porque permite o exercício e o acesso de todos paulatinamente, o que poderia bastar para sua primazia. De outro modo, não podemos desprezar a importância e o

cuidado com o individualismo – sem ele, pode-se romper um dos elos da corrente coletiva – o que não seria bom para ninguém.

As relações trabalhistas são representativas do ser humano – do trabalho e do trabalhador – quer no exercício substantivo da expressão, quer no exercício do verbo que o mesmo representa. Sobretudo, também, é tarefa do ter, fazer e estar, vinculados que estão ao contexto e organização do trabalho. Acaso estas relações sejam de exploração, cujo exemplo pode-se ter nas relações do “trabalho” infantil (Veronese; Custódio, 2013), é certo o contrário do que ora indicamos. Assim, voltada para o bem, ou para o exercício do mal, ou para o sofrimento e/ou imobilização forçada – ou de seu não reconhecimento – ou até mesmo sem contar a indiferença, o mundo do trabalho tem no homem a sua tarefa precípua.

Ora, onde o humano se vê, mira, projeta, constrói e reconstrói a si mesmo – o trabalhador e o trabalho, ali está o lugar de sua dignidade, o exercício de seu fazer, enquanto que a essência de sua humanidade precisa conceder e dispor da autenticidade do estar, fazer, ter e ser – esse é, sem dúvida o caminho a trilhar em prol de uma comunidade futura que precisa ter seus direitos minimamente protegidos para serem futuramente garantidos.

A trajetória da proteção e assistência à criança e ao adolescente na esfera constitucional

Ao se analisar a história das constituições brasileiras, verifica-se que as Constituições de 1824 e de 1891, a do Império e a primeira da República, respectivamente, são omissas com relação à criança e ao adolescente, em suas duas mais conhecidas conotações, ou seja, não faz referência ao menor de idade, em termos de responsabilização penal, tampouco diz respeito à infância vulnerável (desassistida).

A Constituição de 1934 foi a primeira a fazer uma referência direta à criança, de proteção a seus direitos, quando estabelecia a proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos – artigo 121, § 1º, «d».

Prescrevia, ainda, sobre os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, bem como a sua orientação e fiscalização, seriam dadas preferencialmente a mulheres habilitadas – artigo 121, § 3º.

A Constituição do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas em 1937, foi um pouco além, visando proteger as crianças, sobretudo as mais carentes.

A Constituição de 1937 estabelecia que o Estado deveria dar assistência à infância e à juventude, assegurando-lhes condições físicas e morais para o desenvolvimento de suas faculdades. O abandono à criança importava em falta grave dos pais; nestes casos, caberia ao Estado provê-las. Os pais miseráveis teriam o direito de pedir um auxílio ao Estado para subsistência e educação dos filhos – artigo 127.

Designava como dever da nação, estados e municípios, a criação de instituições de ensino público para os que não tivessem condições de estudar nas escolas particulares – artigo 129. Às indústrias e aos sindicatos econômicos caberia a criação de escolas de aprendizes para os filhos de seus operários e associados; quanto ao Estado, caberia a tarefa de auxiliá-las e fiscalizá-las – artigo 129. Por último, estipulava que os menores de 14 anos estavam proibidos de trabalhar; vetava, ainda o trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos, bem como a mulheres – artigo 137, “k”.

A Constituição da República Federativa de 1946 não introduziu alterações de conteúdo, sendo a ela anexadas as mesmas disposições contidas na Constituição precedente. Estabelecia:

- Em todo o território nacional era obrigatória a assistência à maternidade, infância e adolescência. Determinava que lei ordinária regularia sobre as condições de amparo às famílias de prole numerosa – artigo 164.
- As empresas industriais e agrícolas, em que trabalhavam mais de 100 pessoas, eram obrigadas a manter ensino primário para seus servidores e seus filhos – artigo 168, III. As empresas industriais e comerciais eram obrigadas a ministrar, em coope-

ração, aprendizagem aos seus trabalhadores menores – artigo 168, IV.

- Proibia o trabalho a menores de 14 anos, como também proibia o trabalho em indústrias insalubres e o trabalho noturno a menores de 18 anos e a mulheres, respeitadas as condições admitidas em lei e exceções aceitas pelo juiz competente – artigo 157, IX.

Já a Constituição Federal de 1967, além de prescrever sobre a assistência à maternidade e à infância – artigo 167, § 4º; sobre a obrigatoriedade das empresas comerciais, industriais e agrícolas manterem ensino primário gratuito aos empregados e seus filhos – artigo 170 e sobre o fornecimento, por parte das empresas industriais e comerciais da aprendizagem, em cooperação, aos trabalhadores menores – artigo 170, § único; determinou ainda duas grandes mudanças, uma negativa e outra positiva, quais sejam, a proibição ao trabalho passou de 14 para 12 anos – artigo 158, X, e instituiu o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para as crianças de 7 a 14 anos de idade.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 manteve os mesmos dispositivos, só acrescentando com relação à infância, que também as crianças excepcionais teriam acesso à educação, matéria essa que deveria ser regulamentada em lei especial – artigo 174, § 4º (a E.C n.1/1969 tratou da matéria nos seguintes dispositivos: artigo 175, § 4º; artigo 178; artigo 178, § único; artigo 165, X e artigo 176, § 3º, II).

Constata-se, pelo que foi até aqui descrito, nos moldes conforme indicado por Veronese (1999), a prescrição constitucional quanto à idade mínima para iniciação ao trabalho teve como marco a Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, que a fixou em 14 anos de idade.

A mesma disposição foi firmada pelas Constituições de 1937 e 1946, sendo interrompida na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que passaram a prescrever a idade mínima de 12 anos para iniciação ao trabalho, ao mesmo tempo que obrigaram o ensino público e gratuito nos estabelecimentos oficiais até os 14 anos. O trabalho do adolescente passa a ser encarado como trabalho de aprendiz; im-

porta concluir que ele poderia passar o resto de sua menoridade – dos 12 aos 18 anos – percebendo um *salário menor*, isto é, meio salário mínimo.

Faz-se necessário ressaltar que, de acordo com a Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 6 de julho de 1973, recomenda-se entre outros:

- 1º Que cada país adote uma política nacional que assegure a extinção do trabalho das crianças, elevando progressivamente a idade para admissão ao trabalho, dando assim condições para que a criança melhor se desenvolva física e mentalmente;
- 2º Que a idade mínima não deverá ser inferior à idade em que cessa a obrigação escolar ou, em todo caso, 15 anos;
- 3º No caso de países cuja economia e meios educacionais sejam ainda precários, tolera-se a idade mínima de 14 anos para ingresso no trabalho.

Nesta análise em torno dos direitos da criança e do adolescente nas constituições brasileiras, sem dúvida alguma a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada a 5 de outubro de 1988, representa um marco na consagração de uma série de novos direitos, os quais foram o resultado da participação ativa de toda a sociedade junto à Assembleia Nacional Constituinte, num trabalho que se estendeu por mais de um ano.

Ao tratar dos Direitos Sociais, a Constituição Federal, em seu artigo 6º, denomina como sociais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados.

Especificamente no artigo 7º, inciso XXXIII, proíbe ao menor de 18 anos de idade o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, e os menores de 14 anos estão proibidos de trabalhar em qualquer tipo de atividade, salvo na condição de aprendiz (este dispositivo se refere tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos rurais).

A Emenda Constitucional n. 20, que entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 1998, dispõe sobre a alteração da idade mínima de ingresso no mercado de trabalho de 14 para 16 anos, com exceção feita para a

permissão do trabalho a partir dos 14, na condição de aprendiz. Ficando modificado então, o artigo 7º da Constituição Federal, que passa então a ter a seguinte redação:

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

[...]

XXXIII – proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

No que diz respeito aos Direitos Políticos, facultou aos maiores de 16 e menores de 18, o direito ao voto – artigo 14, II, “c”.

Inovou, sobretudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar da Ordem Social – Título VIII – quando consagrou o Capítulo VII à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

O artigo 227, da Constituição Federal, dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade máxima, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de salvaguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao Estado compete a implantação de programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; deverá ainda o poder público aplicar um percentual dos recursos públicos para os cuidados com a saúde na assistência materno-infantil – artigo 227, § 1º, I e II.

O artigo 227, § 3º, nos incisos I a VII, arrola os direitos à proteção especial:

- a) A idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho, em consonância com o artigo 7º, XXXIII; limite alterado, como visto, pela Emenda Constitucional n. 20/1998. Aliás, sobre tal ponto, lembra Oliveira (1992, p. 182-183):

A idade mínima fixa um limite importante, porque, a partir dela, o adolescente, se quiser e não houver motivos razoáveis em contrário, tem o *direito de trabalhar*. Antes da idade mínima o direito resguardado é o de *não trabalhar*. O *não trabalho* não é ócio pernicioso, mas deve ser preenchido com a educação, com a frequência à escola, com o brinquedo, com o exercício do *direito de ser criança*. O fato generalizado, sobretudo no Terceiro Mundo, do trabalho antes da idade mínima revela apenas uma das faces de uma violência institucionalizada.

- b) garantia aos direitos previdenciários e trabalhistas;
- c) garantia ao trabalhador adolescente de acesso à escola;
- d) garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, conforme dispuser a legislação tutelar específica;
- e) quando sujeitos à aplicação de qualquer medida privativa de liberdade, serão obedecidos os princípios da brevidade, excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- f) estímulo do poder público, através da assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei para facilitar o acolhimento sob a forma de guarda, de criança e adolescente órfão ou abandonado;
- g) realização de programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependentes de entorpecentes e drogas afins.
- O artigo 227, da Constituição Federal, prevê ainda:
- a lei punirá severamente todo abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente – artigo 227, § 4º;

- a adoção será assistida pelo poder público, na forma que dispuser a legislação complementar, que estabelecerá os casos e as condições em que esta poderá ser efetuada por estrangeiro – artigo 227, § 5º;
- os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibido qualquer tipo de designação discriminatória relativa à filiação – artigo 227, § 6º.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 228, declara expressamente como inimputáveis os menores de 18 anos, que estarão sujeitos às normas da legislação especial.

Prescreve, ainda, no artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, enquanto os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Existem também outros dispositivos constitucionais que, não arrolados no Capítulo VII, trazem benefícios à infância; é o caso, por exemplo, do artigo 5º, L, que assegura condições para que a mulher presidiária permaneça com seu filho durante o período da amamentação. Esse dispositivo não consta em nenhuma outra constituição contemporânea. Tal direito é de grande caráter humanitário, pois no momento em que a mãe é impedida de amamentar, inflige-se, imediatamente, um sério prejuízo à criança, pois uma alimentação que não seja o leite materno não contém o mesmo teor nutritivo e de profilaxia de diversas doenças, além do que há que se considerar a importância psicológica, no plano da afetividade, dessa aproximação. Assim, o discurso constitucional vai além da pena à qual a mãe foi submetida pela prática de algum delito e lhe garante o pleno direito à maternidade, mesmo que em condições precárias. Convém ainda lembrar que todos os artigos contidos na Lei Maior que visam à proteção da gestante, os quais importam numa garantia à mulher, pois lhe dão condições de um direito que lhe é particular – a maternidade, protegem, também, o nascituro.

Apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes

na Constituição Federal de 1988, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados por lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela, mas ineficaz carta de intenções. Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, ao consolidar a Doutrina da Proteção Integral, surgiu com a difícil e nobre tarefa de concretizar os direitos de crianças e adolescentes, com vistas a consolidação do paradigma da proteção integral.

A proteção das futuras gerações e o “mundo do trabalho”

Giddens e Sutton (2016, p. 123) revelam que as sociedades modernas estão fundadas em uma divisão de trabalho bem complexa, que culminou por inculcar no próprio trabalho uma divisão em diferentes ocupações e, de igual forma, graças ao capitalismo, a industrialização, a organização, a vida tradicional e a solidariedade mecânica foram extintas.

Na condução de tais extinções, podemos antever que do modelo concentrado de direitos para a flexibilização, tal foi possível graças ao pontapé inicial de referidas extinções. Porém, nada contribuiu de forma tão essencial e significativa quanto a inversão de perspectiva. Referida mudança é tão considerável e tão importante que, segundo Touraine (2007, p. 44), “não precisamos ter medo de dedicar-lhe um pouco mais de atenção”. Ao contrário, segue deveras significativo dedicar-lhe merecida observação.

Decorre dessa tomada de consciência, dessa virada paradigmática, as alterações que seguem oportunizadas pertinentes à flexibilização. Não há aqui juízo de valor a respeito de tal fenômeno, em que pese o fato de que não há como prestar adesão à mesma, a não ser que afastemos o ideal de prestar garantia e proteção aos direitos das futuras gerações.

Por assim dizer, a flexibilização, incluindo suas ocorrências e consequências,² são ora indicadas pelo destaque que possuem no espaço das

² Indicamos a obra *Litígios Transnacionais: introdução ao Internacional Forum Shopping*, de autoria de Eduardo Rafael Petry Veronese (2017), que traça um panorama voltado aos litígios de cunho transnacional, cujas razões de não eleição, ou de não escolha do foro, para se processar determinada demanda, são analisadas.

relações do trabalho, sobretudo, porque a flexibilização se faz presente pela “implementação do princípio da flexibilidade em áreas da regulação jurídica” (Bonfim, 2006, p. 211), ou mesmo, de forma aprofundada, consoante aponta Bianca Bonfim, a flexibilização do direito do trabalho traduz os valores econômicos enquanto justificativa visando à postergação dos direitos trabalhistas e a sua condução ao desenvolvimento, à conveniência e à valorização de novas concepções sobre os velhos institutos, de forma a melhor adequar a mão de obra às necessidades da empresa (Bonfim, 2006, p. 211).

A situação é tal que, no momento presente, os litígios outrora submetidos à esfera doméstica e, em alguns poucos casos, eram processados na esfera internacional. Porém, dada a complexidade com que se apresentam na atualidade, diversamente como vinha se apresentando, em que o critério para a submissão do litígio era tão somente a fronteira dos Estados ou o local do fato controverso, de onde decorre a clareza do seu processamento e submissão. Para tanto, conforme pondera Petry Veronese (2017, p. 41), questões há que comportam outra análise, eis que, “Por conta da presença de um país como uma das partes do processo, é possível se referir aos mesmos como litígios internacionais públicos ou na esfera pública” e, com isso, “não só países, mas também partes privadas atuam em tais litígios, como é o caso de investimentos tributários” (Veronese, 2017, p. 41). Assim, concorrem para esse quadro, desde a cultura jurídica, a situação histórica, a ausência ou a imprecisão do disciplinamento da matéria, conforme nos aponta o autor (Veronese, 2017, p. 41-42), mas é, sobretudo, o grau de maturidade das normas de regulação, até a complexidade com que são oportunizadas, onde vamos encontrar a razão para o enfrentamento da temática. Em todas essas situações a relação do trabalho é típica e necessária.

Dessas concepções ora apresentadas, dispostas às relações do trabalho, é certa a ausência do sujeito e a priorização da “empresa”, como se a elevação de um dependesse da queda de outro, o que não procede, inclusive porque a flexibilização, quando levada às comunidades econô-

micas internacionais, serviu de anteparo para a tecnologia, o que conferiu o contexto ideal para o desemprego.

Pois bem, se o sujeito da relação trabalhista – não importa se indivíduo ou em dimensão coletiva – segue escanteado pelo processo de flexibilização, não importa se esta for imposta por autoridade pública ou pelo próprio empregador, se se faz negociada ou se traduz de forma mista, seja ela unilateral ou negociada com o sindicato, qual seja, a permanecer esse estado de coisas, muito menos se pode pensar em termos das gerações futuras, especialmente as crianças e os adolescentes.

Assim, faz-se imperioso um esforço objetivando contrapor aos “fundamentalistas do mercado” cuja missão é alardear a flexibilização das normas trabalhistas, sustentando que as empresas, especialmente nos países em desenvolvimento, não possuem competitividade no contexto internacional graças ao alto custo de mão de obra e, em contrapartida, apresentam a proposta de minimização do desemprego através da redução de contratação, demissão de trabalhadores e diminuição dos encargos sociais (Bonfim, 2006, p. 211-212).

Por mais que tentem provar referido quadro por todos os meios referidos, é fato que as novas maiorias políticas internacionais, centradas, sobretudo na União Europeia, estão a confirmar que, conforme registra Bonfim, “a incondicional confiança no desenvolvimento autossustentado do mercado é apenas mais uma teoria ao lado de outras” (2006, p. 212). Portanto, o “ideal” já estabelecido em nosso país, cujo exemplo temos com a Lei n. 13467/2017, propõe configurar o direito do trabalho com o fim exclusivo do progresso econômico, com sacrifícios pesados aos trabalhadores, sendo urgente a defesa do ser humano, opondo-se contra a sua própria absorção pelo processo econômico.

Não se vislumbra outro caminho tão urgente quanto esse de resgate e de reconstrução dos valores trabalhistas, quer na esfera dos direitos, organização e relações trabalhistas. A não assunção de tal posto irá conferir condecoração à não estabilidade do emprego, priorizando o desemprego, além de traduzir o Direito à condição de disciplina, refém da Economia.

Pior, irá macular o ser humano em sua dignidade, na medida em que esse será absorvido pelo processo econômico.

Nesta seara, visando somar esforços, é importante prestar reconhecimento à centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, o que tem se apresentado recorrente na jurisprudência brasileira, com o STF estatuído que se trata de “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país” (Brasil, 2018). Não basta para tal finalidade a sua indicação de modo vago e impreciso.

Nessas condições a fundamentação é relevante e se traduz essencial, sobretudo quando temos pela frente situações imotivadas, que aplicam o princípio da dignidade em decisões que envolvem parâmetros normativos vagos. Esse retrato, ao invés de contribuir de forma positiva, contribui negativamente para o desmanche dos direitos, ao invés de “assegurar proteção integral à pessoa” (Sarmiento, 2016, p. 308).

De qualquer modo, a crítica da racionalidade econômica requer uma reavaliação das relações entre os seres humanos, considerando sua dimensão simbólica e também um novo exame entre os homens e a natureza (Larrére, 2006, p. 723).

É preciso substituir a confiança no desenvolvimento autossustentado do mercado pela incondicional confiança no ser humano. Somente assim haverá uma luz a traduzir a proteção dos direitos atuais, os quais, protegidos, far-se-ão garantidos nas futuras gerações.

Conclusão

Tendo como ponto de partida a indispensabilidade da matriz transdisciplinar, enquanto método da integração dos saberes e da reconstrução da teoria jurídica contemporânea, voltada à temática do trabalho – e do trabalhador – e de suas implicações de cunho jurídicas, este estudo propôs analisar a essência das relações trabalhistas com o propósito de lhes conferir fundamento à proteção das futuras gerações – notadamente em prol da criança e do adolescente.

Para tanto, um aspecto maior foi a base do presente estudo, qual seja, a importância fundamental do conhecimento científico transdisciplinar, enquanto método da atual teoria jurídica, no caso, voltada à esfera do trabalho – e do trabalhador – e de suas relações de cunho jurídicas. Indicamos os estudos de alguns autores, porém, para essa temática, dois autores deram fundamento à hipótese da pesquisa. Trata-se de Leonel Severo Rocha (2003, p. 40-44), o qual se posiciona a favor de uma nova matriz fundada na transdisciplinaridade de forma a auxiliar a construção da teoria jurídica contemporânea. O referido autor não está sozinho e segue acompanhado por Japiassu (1976) e Nicolescu (1999). Ocupando posição contrária, encontramos os estudos de Sidney Francisco Reis dos Santos (2005, p. 35-50), o qual indica que o Direito não comporta os temas de ordem transdisciplinar e sim, os interdisciplinares.

Seguindo avante, o presente estudo, em breve síntese, conferiu o seguinte escopo: com base na transdisciplinaridade, passando pela integração dos saberes e pela teoria jurídica – com ênfase nas relações e organização do trabalho – então, dedicamos todos os esforços na proteção e garantia das futuras gerações, concentrando a atenção direcionada a favor da criança e do adolescente.

O “trabalho” nos moldes como o conhecemos – com uma divisão complexa e com diferentes ocupações especializadas – é uma invenção moderna que dispõe de relevância histórico-mundial. Bem por isso, as disposições do trabalho e de quem o realiza – o trabalhador – na esfera individual e/ou coletiva, para efeitos deste estudo, foram tomados na seguinte ordem: formar a base, o vocabulário, a gramática e a atividade dos trabalhadores, tendo como temática o “mundo do trabalho”, o pacto, a organização e as relações trabalhistas, que requerem proteção na esfera do processo de flexibilização e, permitindo serem criadas as condições favoráveis à garantia e à proteção das futuras gerações. Para serem analisados todos esses pontos foram projetados pelo viés do multi, do inter e da transdisciplinaridade de forma a conferir dimensão à proteção que se espera a favor da criança e do adolescente.

Referências

- ALTHOFF, Fernando; FRAGA, Dinorá. Transdisciplinaridade em Basarab Nicolescu. *In: SOUZA, Ielbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e Universidade: uma proposta em construção.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- BONFIM, Bianca. Verbete: Flexibilização. *In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. Dicionário da Globalização: Direito e Ciência Política.* Rio de Janeiro: 2006.
- BRASIL. Supremo Tribuna Federal. *ADI3510.* Rel. Min. Ayres Britto, julg. 29 mai. 2008. Voto do Ministro Ayres Britto.
- CURY, Munir et al. (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- DUBET, François. *Injustiças: a experiência das desigualdades no trabalho.* Tradução de Ione Ribeiro Valle e Nilton Valle. Florianópolis: Editora UFSC, 2014.
- FRAGA, Dinorá. Transcodificação como processo linguístico da transdisciplinaridade. *In: SOUZA, Ielbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e Universidade: uma proposta em construção.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- FRAGALE FILHO, Roberto. Verbete: Trabalho. *In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 829-833.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos essenciais da Sociologia.* Tradução de Claudia Freire. São Paulo: Editora Unesp, 2016.
- JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber.* Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1976.
- KRELL, Andreas J. Verbete: Direitos Sociais. *In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 248-251.

LARRÈRE, Catherine. Verbete: Trabalho. *In*: CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. Vol. 2. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 717-723.

NICOLESCU, Basarab. *O manifesto da transdisciplinaridade*. São Paulo: Triom, 1999.

OLIVEIRA, Oris de. Do direito à profissionalização e à proteção no trabalho. *In*: CURY, Munir et al. (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.182-183.

ROCHA, Leonel Severo. Transdisciplinaridade e Direito. *In*: SOUZA, Ielbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. *Transdisciplinaridade e Universidade: uma proposta em construção*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 40-44.

RONCHI, Luiz Henrique. Visão transdisciplinar em ciências naturais. *In*: SOUZA, Ielbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. *Transdisciplinaridade e Universidade: uma proposta em construção*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 59-67.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. A vivência da interdisciplinaridade: uma nova perspectiva para o operador jurídico. *In*: MONDARDO, Dilsa; ALVES, Elizete Lanzoni; SANTOS, Sidney Francisco dos Reis (org.). *O Ensino jurídico interdisciplinar: um novo horizonte para o Direito*. Florianópolis: OAB Editora, 2005, p. 35-50.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte. Editora Forum, 2016.

TOURAINÉ, Alain. *O mundo das mulheres*. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. *Litígios Transnacionais: introdução ao internacional forum shopping*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Ltr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB Editora, 2007.

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. *Trabalho infantil doméstico no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

ANÁLISE COMPARATIVA DO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO NO BRASIL, PORTUGAL E ESPANHA*

Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira**

O mundo do trabalho é, por natureza, dinâmico. Esse dinamismo decorre muitas vezes das alterações tecnológicas, das oscilações mercadológicas e das transformações sociais. O trabalho temporário, como modalidade excepcional, é utilizado no Brasil há mais de 30 anos, datando de 1974 a legislação pertinente. Em Portugal, a primeira legislação a regular a matéria data do ano de 1989, e na Espanha essa modalidade de contratação laboral era proibida até o ano de 1993. Tal contrato tem características *sui generis*, dentre as demais formas de contratação laboral, pois enseja a participação de três atores: a empresa intermediadora, a empresa tomadora e o trabalhador temporário. Também permite que a entidade tomadora tenha acesso a profissionais especializados e com menor custo sem, contudo, ser responsabilizada, via de regra, pelas obrigações de empregadora. Portanto, a adoção da contratação temporária pode apresentar-se como uma medida útil ao enfrentamento das alterações comportamentais e vicissitudes do mercado.

Em virtude disso, o direito do trabalho – como ramo do direito que intenciona regular as relações humanas de prestação de serviços com vínculo empregatício – também é acometido de ondas reformadoras, como é

* O presente texto foi produzido como requisito essencial para aprovação na disciplina Direito Comparado, ministrada pelo professor doutor Bruno Nubens Barbosa Miragem, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

** Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade Angliana de Erechim e Faculdade e Escola (FAT), em Tapejara.

exemplo a que ocorreu no Brasil no ano de 2017. Em relação ao contrato de trabalho temporário ocorreram, em março e em julho de 2017, alterações com a promulgação das Leis n. 13.429 e n. 13.467, que modificaram a Lei n. 6.019/1974. Em Portugal e na Espanha, também aconteceram reformas laborais nos anos de 2012 e 2010, respectivamente, com o objetivo de adaptar a legislação trabalhista à nova realidade do mercado de trabalho imposta pela crise econômico-financeira mundial.

Considerando as diferenças cronológicas entre o tratamento jurídico originário e reformista do trabalho temporário nos três ordenamentos mencionados, a presente pesquisa tem por objetivo realizar uma análise comparativa dos dispositivos legais pertinentes, na busca de semelhanças e/ou diferenças, que permitam uma visão panorâmica da regulação dessa modalidade contratual laboral nos três países. Pretende ainda identificar, comparativamente, em qual ou quais ordenamentos é encontrada maior gama de garantias e proteção aos trabalhadores temporários.

Para tanto, o esforço comparativo subdivide-se em dois momentos. Na sua primeira parte serão apresentados os elementos distintivos e caracterizadores do contrato de trabalho, bem como as características especiais do contrato de trabalho temporário nos ordenamentos jurídicos de Brasil, Portugal e Espanha. Num segundo momento, serão analisados os regramentos, requisitos, condições e o desenvolvimento dos contratos de trabalho temporário nas três ordens jurídicas mencionadas, com o fito de alcançar melhor compreensão da amplitude das garantias e proteção concedidas às pessoas em contratos de trabalho temporário. A análise comparativa será feita em blocos apresentando em primeiro lugar as semelhanças e, posteriormente, as diferenças. Ao final, serão apresentadas conclusões sobre a análise comparativa.

A metodologia empregada nesta pesquisa é a analítica-interpretativa de investigação bibliográfica e documental (legislação). O método de abordagem utilizado é o indutivo, organizado pelo procedimento comparativo. No tocante ao método de direito comparado, optou-se pelo funcionalista.

Contrato de trabalho e suas especificidades

A noção legal de contrato de trabalho nos três ordenamentos jurídicos analisados implica, ao menos, três elementos essenciais e distintivos: a atividade laboral pessoal (pessoalidade na prestação de serviços), a retribuição (onerosidade) e a colocação do trabalhador sob a autoridade e no âmbito da organização do empregador (dependência ou subordinação). Este último elemento é o que a doutrina e a jurisprudência denominam subordinação jurídica, sob a perspectiva do trabalhador (Ramalho, 2012, p. 22).

A atividade laboral pessoal pode ser definida a partir de três critérios: a) sob a qualificação jurídica, a atividade laboral é uma prestação positiva, que se consubstancia em uma conduta humana ativa apta a satisfazer as necessidades de outra pessoa; b) sob o ponto de vista do cumprimento, a atividade laboral exige uma atuação positiva do prestador, mas que também pode ser considerada cumprida em situações de inatividade, desde que o trabalhador esteja em situação de real disponibilidade ao empregador; e c) em relação ao seu conteúdo, a atividade laboral é caracterizada pela heterodeterminação, pois as tarefas concretas nas quais se traduz são definidas ao longo do contrato pelo empregador-credor (Ramalho, 2012, p. 22).

Importa destacar que a pessoalidade tem o condão de caracterizar a prestação de serviços em uma relação de emprego como obrigação infungível do empregado, daí ser possível afirmar que toda relação de emprego implica um contrato *intuitu personae*, que não pode ser cumprido, na mesma relação jurídica, por pessoa distinta daquela que contraiu a obrigação (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 47).

A doutrina espanhola tende a ampliar a noção de pessoalidade para ir além da concepção de obrigação personalíssima (*intuitu personae*) e afirma a pessoalidade como a implicação direta da pessoa do trabalhador, enfatizando a integração dele na organização econômica do empregador e a inseparabilidade existente entre o trabalho, como objeto do contrato de

trabalho, e a pessoa do trabalhador como seu sujeito (Montoya Melgar, 2014, p. 92).

O aspecto relevante da atividade laboral pessoal é o fato de estar vinculada à pessoa física do trabalhador. Não é possível efetivar contrato de trabalho entre duas pessoas jurídicas. Essa característica da pessoalidade implica diretamente a pessoa do trabalhador na relação de emprego, ampliando-se as possibilidades de violações dos direitos da personalidade do empregado, diante da posição de desigualdade entre os contratantes (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 99).

A atividade laboral pessoal ou pessoalidade, contudo, não é suficiente para distinguir o contrato de trabalho de outras espécies contratuais, apesar de se consubstanciar em uma atividade continuada – diferenciando-se, assim, da prestação de serviços, na qual se promete uma obra ou um ou mais atos concretos, ou seja, um resultado. A atividade laboral é, dessa forma, uma obrigação de meios, ao passo que a obrigação do prestador de serviços pode ser entendida como uma obrigação de resultados. Contudo, algumas vezes a atividade laboral pode ser considerada em função dos resultados, como, por exemplo, quando for remunerada mediante comissões ou por peça, por isso, esse critério, por si só, não é suficiente para distinguir o contrato de trabalho das demais espécies semelhantes.

Vamos, então, ao segundo elemento distintivo do contrato de trabalho, a onerosidade (retribuição, em Portugal, *retribución*, na Espanha), que significa dizer que a atividade laboral é necessariamente retribuída e o seu pagamento constitui o dever principal do empregador. A retribuição, ou onerosidade, possui os seguintes traços essenciais: a) no tocante à qualificação jurídica, é uma obrigação de dar, vez que o seu cumprimento se consubstancia na entrega de um bem, portanto, com conteúdo patrimonial e, predominantemente, pecuniário; b) do ponto de vista de sua extensão, a retribuição é a contrapartida da atividade laboral, o que evidencia o nexu sinalagmático do contrato de trabalho (Ramalho, 2012, p. 27).

O sinalagma do contrato de trabalho, contudo, não é perfeito, pois o direito do trabalhador à retribuição permanece em diversas situações onde não há efetiva prestação de trabalho e porque o empregador assume diversos encargos remuneratórios amplos com a celebração do contrato de trabalho, que não decorrem da prestação efetiva de trabalho. Isso remete à distinção entre remuneração em sentido estrito (ou retribuição) que é a contrapartida da atividade laboral, e remuneração em sentido amplo (ou, simplesmente, remuneração), que inclui a retribuição e outras prestações patrimoniais a cargo do empregador (Ramalho, 2012, p. 27).

Também serve a onerosidade para diferenciar os contratos de trabalho dos contratos de prestação de serviços não onerosos, tais como o serviço voluntário e o trabalho religioso. A característica da onerosidade, ou retribuição, contudo, não é capaz, por si só, de diferenciar os contratos de trabalho das demais espécies próximas, pois o contrato de prestação de serviços, por exemplo, também é, por natureza, oneroso. A diferença, nesse caso, reside na modalidade de cálculo da remuneração, já que a prestação de serviços (quando é contratada em caráter oneroso) tem, habitualmente, a remuneração calculada em função de um resultado, e o contrato de trabalho, por sua vez, calcula a remuneração em unidades de tempo habitualmente. Mas é possível encontrar contratos de prestação de serviços em que a remuneração é calculada pelo tempo, como os contratos de agência. Por isso, a onerosidade é insuficiente para diferenciar, de maneira categórica, os contratos de trabalho das figuras contratuais próximas.

Passamos a analisar o terceiro elemento distintivo dos contratos de trabalho, a subordinação jurídica (ou dependência, na Espanha), da qual decorrem os poderes laborais. A subordinação jurídica tem a ver com a posição desigual que as partes ocupam nesse contrato. O trabalhador, em posição de dependência, cuja integração estrutural na atividade econômica do empregador, lhe limita aspectos da personalidade, e o empregador, que assume posição de domínio de forma a ser o titular dos poderes laborais de organização, fiscalização, direção e disciplina (Ramalho, 2012, p. 30).

A delimitação da subordinação jurídica se dá: a) ao pôr em evidência o binômio subjetivo desigual que caracteriza o vínculo laboral em razão da sujeição de uma das partes aos poderes laborais inerentes a outra parte; b) em razão dos efeitos sobre a pessoa do trabalhador, já que identifica o seu posicionamento subjetivo no contrato de trabalho (vez que apenas uma das partes pode ser subordinada), considerando o estado de dependência pessoal que o trabalhador ostenta; c) na sua extensão, já que a subordinação jurídica não é apenas o reverso do poder de direção do empregador, mas possui conteúdo mais amplo para abarcar, por exemplo, o dever de obediência às instruções emanadas do poder diretivo (desde que respeitados os seus direitos e garantias), e também a sujeição à dimensão disciplinar, não só na vertente sancionatória (isto é, através da submissão às sanções disciplinares), mas também na vertente prescritiva, que se manifesta do dever de obediência às regras disciplinares e organizacionais estabelecidas pelo empregador (Ramalho, 2012, p. 31-32).

A subordinação jurídica revela, portanto, um binômio subordinação do empregado/domínio do empregador, sendo essa a moldura típica do contrato de trabalho, e evidencia o conteúdo complexo da posição jurídica de cada uma das partes contratantes.

É este relacionamento desigual das partes ao longo do desenvolvimento do vínculo de trabalho que se encontra o elemento verdadeiramente diferenciador do contrato de trabalho em relação a outras figuras, que também podem constituir a moldura jurídica para a prestação de uma actividade laborativa para outrem. [...] V. *O confronto do elemento da subordinação com os restantes elementos essenciais do contrato de trabalho evidencia a sua importância vital para a distinção do negócio laboral de outros negócios que envolvem a prestação de uma actividade laborativa*: enquanto o elemento da actividade é comum e o elemento da retribuição pode estar presente nas várias formas de prestação de um trabalho, o elemento da subordinação é típico e específico do contrato de trabalho. Por esta razão, e independentemente do modo como se retira do sistema normativo, a doutrina considera o elemento da subordinação como o traço verdadeiramente distintivo e identificador do contrato de trabalho perante as figuras próximas, dedicando-lhe grande atenção (Ramalho, 2012, p. 33).

A doutrina brasileira, em relação à subordinação, enfatiza o seu aspecto dominial, de maneira a atribuir ao empregador o “poder de determinar o que, como, quando e onde produzir, restando ao trabalhador, apenas, acatar suas ordens, salvo se manifestamente abusivas” (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 50).

No Brasil (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 50) e na Espanha (Montoya Melgar, 2014, p. 95), a ênfase maior recai sobre o aspecto subjetivo da subordinação, em detrimento de seu viés objetivo (que pode ser entendido como a integração da força de trabalho no empreendimento econômico). A subordinação subjetiva é, portanto, a manifestação concreta da disponibilidade do trabalhador para que o empregador emita ordens visando transformar a sua energia laboral em algo efetivamente útil para o empreendimento econômico. Essa subordinação remete ao poder de comando patronal, manifesto nos poderes empresariais de organização, direção, fiscalização e disciplina.

A doutrina portuguesa ressalta que a subordinação, contudo, não possui um conceito claramente delineado na legislação e, muitas vezes, a situação em exame situa-se em zona de incerteza. Nesses casos, necessário identificar indícios de sua existência, como, por exemplo: a) a titularidade dos meios de produção ou dos instrumentos de trabalho pertencerem, habitualmente, ao credor do trabalho; b) o local de trabalho pertencer ao credor do trabalho; c) o tempo de trabalho (horário) a que o trabalhador está vinculado; d) o modo de cálculo da remuneração ser em função do tempo; e) a assunção do risco da não produção de resultados ser do credor do trabalho; f) a existência ou não de outros trabalhadores a serviço do prestador de trabalho; g) a dependência econômica do trabalhador; h) o regime fiscal e o regime de segurança social a que o trabalhador está filiado; i) a sujeição do trabalhador a ordens diretas ou a simples instruções genéricas e o controle direto da sua prestação pelo credor; j) a inserção do trabalhador na organização predisposta pelo credor e sua sujeição às regras dessa organização (Ramalho, 2012, p. 40-42).

Na Espanha, a subordinação (dependência) tem um desdobramento denominado “alteridade” (*ajenidad*), que aponta para a apropriação

alheia (de caráter automático) do trabalho objeto do contrato, pelo empregador. Isso equivale dizer que o trabalho (e, por consequência, seu resultado) objeto do contrato de trabalho se transfere, automaticamente, ao patrimônio do empregador como decorrência da avença entre as partes (Montoya Melgar, 2014, p. 97).

No Brasil, apresenta-se um quarto elemento essencial que é denominado de não eventualidade. Esse elemento não é enfatizado nas doutrinas portuguesa e espanhola, mas que na doutrina e jurisprudência pátrias assume relevância e, ao lado dos três anteriormente mencionados, é considerado requisito para a configuração da relação de emprego. Embora tenhamos um impulso natural em identificar a não eventualidade com a continuidade, relacionando-a exclusivamente ao fator temporal, na verdade, o seu significado é mais abrangente. A prestação de serviços ininterrupta pode indicar a não eventualidade, mas há serviços intermitentes que não são eventuais, como o bilheteiro do estádio de futebol que só trabalha em dias de jogos. Oliveira e Dorneles descrevem assim a não eventualidade:

A não eventualidade manifesta-se pela inter-relação entre serviço prestado pelo trabalhador e a atividade empreendida pelo tomador dos serviços. Se o serviço prestado for de tal maneira relacionado à atividade empresarial de forma que esta não poderia se desenvolver sem aquele, identificamos a não eventualidade (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 49-50, grifos meus).

Sucintamente estabelecidos os requisitos essenciais à configuração e distintividade do contrato de trabalho, o próximo passo desta análise comparativa é descrever as características gerais dos contratos de trabalho temporário.

Características gerais do contrato de trabalho temporário

O principal elemento distintivo entre as espécies de contrato de trabalho é a sua duração. Dividem-se em contratos por prazo indeterminado e por prazo determinado. Tanto no Brasil (princípio da continuidade da relação de emprego), quanto em Portugal e na Espanha (princípio

da estabilidade no emprego), a regra geral é que os contratos de trabalho sejam celebrados sem prazo pré-estipulado para o seu término. As relações de emprego são, via de regra, nascidas para durar indefinidamente.

Apenas exemplificativamente, até o ano de 2012,¹ em Portugal, não se admitia a demissão sem justa causa. Na Espanha, é possível demitir sem que seja imputada falta ao empregado, desde que o empregador fundamenta sua decisão, e, no Brasil, há a possibilidade da demissão injustificada (verdadeiro direito potestativo do empregador), sendo garantida ao empregado uma indenização pecuniária pela demissão arbitrária (que se for considerada discriminatória, será passível de reversão pelo poder judiciário).

Na Espanha, contudo, em decorrência da crise econômica, ampliou-se o número de contratações de empregados por prazo determinado, mas o governo vem implementando medidas de fomento à contratação por prazo indeterminado, além de impor um número mínimo de 10 % (dez por cento) a 30 % (trinta por cento) de contratos a prazo indeterminado, conforme o prazo de duração da obra, nas empresas de construção civil (Romero, 2011, p. 364).

Os contratos a termo são aqueles contratos cujo prazo é predeterminado em função da ocorrência de uma data específica ou de um acontecimento de previsão aproximada. Podem, também, ser resultantes da conclusão de determinada obra ou serviço, e mesmo da própria natureza transitória ou sazonal da atividade ou do empreendimento. Tais contratos podem ser celebrados com fixação de termo certo (data) ou conclusão da obra ou dos serviços (acontecimento previsível).

Os contratos de trabalho temporários são espécie de contratos a prazo determinado, mas que exigem, para configuração legal, a ocorrência concomitante de certos requisitos: a) a existência de empresa intermediadora de mão de obra temporária, devidamente licenciada pela autoridade laboral competente e constituída especificamente para esse fim; b) a veri-

¹ A legislação laboral portuguesa passou por uma reforma no ano de 2012, quando foram incluídas novas formas de demissão de empregados, sem que fosse necessária a imputação de falta obreira, tais como a demissão por extinção do posto de trabalho (regulada pelos artigos 367 a 372), e a demissão por inadaptação do empregado (disposta nos artigos 373 a 380), acrescentadas ao Código do Trabalho português de 2009.

ficação de certas condições concretas, como por exemplo: a necessidade de substituir temporariamente pessoal permanente; a realização de obra ou serviço específico, de curta ou média duração; o aumento temporário, sazonal ou não previsto da demanda por mão de obra.

O contrato de trabalho temporário no Brasil está regido pela Lei n. 6.019/1974 (com as alterações inseridas pelas Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017), pelo Decreto n. 73.841/74 e pela Portaria n. 789/2014 e Instrução Normativa n. 18/2014, do Ministério do Trabalho e Emprego brasileiro (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 129).

Em Portugal, o trabalho temporário foi regulado, pela primeira vez, pelo Decreto-Lei n. 358/1989, que sofreu alterações em 1999, ficando em vigor até 2007 (quando surgiu a Lei do Trabalho Temporário – Lei n. 19/2007). O Código do Trabalho português de 2009 passou a regular o trabalho temporário em seus artigos 172 a 192, subsecção VI, na seção dedicada às modalidades de contrato de trabalho. Atualmente, a regulamentação das empresas de trabalho temporário está regida pelo Decreto-Lei n. 260/2009 (Ramalho, 2012, p. 273-275).

A cessão de mão de obra era proibida na Espanha até a promulgação do Real Decreto Lei n. 18/1993, que aboliu a proibição e passou a permitir a criação das empresas de cessão de trabalho temporário. O contrato de trabalho temporário na Espanha é atualmente regido pela Lei n. 14/1994, com a redação da Lei n. 35/2010. Essa lei é resultado da Diretiva n. 2008/104/CE da Comunidade Europeia, que estabeleceu melhorias aos trabalhadores temporários. A referida diretiva estabelece, basicamente, a obrigatoriedade do oferecimento de tratamento igualitário aos trabalhadores temporários (Montoya Melgar, 2014, p. 415-417).

Análise comparativa do contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha

Na segunda parte da presente pesquisa, será apresentada a análise comparativa entre a regulação e desenvolvimento do contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha. Para tanto, e com o fito de

facilitar a compreensão e comparação dos institutos, optou-se por dividir essa segunda parte em duas, de forma a apresentar as semelhanças em um primeiro momento e as diferenças ao final.

Semelhanças entre o contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha

Em todos os três ordenamentos jurídicos pesquisados (brasileiro, português e espanhol), se pode perceber que o contrato de trabalho temporário é *sui generis*, pois é celebrado entre três envolvidos: o trabalhador, a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviços. A empresa de trabalho temporário é, portanto, intermediadora de mão de obra que contrata empregados para ceder (mediante contrato de prestação de serviços) o labor de seus empregados a terceiros, sem que haja a formação de vínculo de emprego entre a tomadora e os prestadores de serviços, uma vez que tal vinculação se dá entre a empresa de cessão de mão de obra e seus empregados. Isso implica que a atividade laboral é desempenhada pelo trabalhador não para o seu empregador, mas para uma terceira empresa estranha à relação de emprego original, como decorrência da celebração de um contrato entre a empregadora e a tomadora dos serviços.

Outra característica semelhante entre os três ordenamentos jurídicos pesquisados é que há uma exceção no desempenho dos poderes patronais de comando direto da prestação de serviços, permitindo à empresa tomadora dirigir diretamente a prestação de serviços dos empregados temporários, sem que isso acarrete a formação de vínculo laboral entre os trabalhadores cedidos e a tomadora. Mas, para que isso ocorra legitimamente, devem ser respeitados certos requisitos legais, tais como a emissão de autorização governamental para o estabelecimento de empresa intermediadora de mão de obra, e a celebração de contrato válido entre as empresas.

Assim, desde que respeitados os requisitos legais, ainda que a subordinação esteja presente, não se forma vínculo empregatício entre o traba-

lhador temporário e a empresa tomadora de serviços. Isso vale para os três ordenamentos pesquisados.² Dessa forma, a tomadora tem o direito de dirigir diretamente a prestação de serviços (atribuição tradicionalmente atribuída ao empregador), sem que isso configure um contrato de trabalho entre ela e o trabalhador temporário. Ressalte-se que, mesmo que exista subordinação do trabalhador temporário com a empresa tomadora, não pode existir nessa relação o poder disciplinar, que fica resguardado ao empregador – no caso, a empresa de trabalho temporário.

Há, também, nos três ordenamentos jurídicos pesquisados, a exigência de registro governamental específico para a legítima constituição de empresa de trabalho temporário, sob pena de descaracterizar-se a cessão legal de mão de obra a terceiros. É obrigatório, então, o registro no Ministério do Trabalho e Emprego (no caso brasileiro), ou a obtenção de licença prévia de funcionamento (nos casos português e espanhol). Contudo, as demais exigências para o funcionamento são distintas e serão tratadas amiúde no próximo tópico.

Outra semelhança que pode ser apontada é a obrigatoriedade da forma escrita para a celebração de contrato de trabalho temporário entre a empresa intermediadora e o trabalhador. No Brasil, essa exigência consta no artigo 11, da Lei n. 6.019/1974, sendo nula de pleno direito qualquer cláusula que proíba a contratação do empregado temporário pela empresa

² Alfredo Montoya Melgar define a aplicação de trabalho temporário como uma medida de descentralização produtiva, que permite ao empresário utilizador dos serviços beneficiar-se do trabalho alheio, sem, contudo, vincular-se de forma duradoura com o trabalhador, mantendo-se o vínculo de emprego entre a empresa cedente e o trabalhador, mas transmitindo-se a subordinação à empresa tomadora (Montoya Melgar, 2014, p. 416). Maria do Rosário Palma Ramalho afirma ser apenas aparente a dificuldade de compreensão, pois basta atentar para o que a lei (artigo 185, n. 4, do Código de Trabalho de 2009) diz a respeito da titularidade do poder disciplinar que permanece atrelada ao empregador, ou seja, à empresa de trabalho temporário, sendo que o que se transfere, nesse tipo de relação laboral, é o poder de direção apenas (Ramalho, 2012, p. 288-289). Oliveira e Dorneles também afirmam essa particularidade do contrato de trabalho temporário, em que o poder de comando é exercido diretamente pela tomadora (ou em conjunto com a empresa de trabalho temporário empregadora), sem, contudo, esse exercício dar causa ao surgimento de vínculo de emprego entre o trabalhador temporário e empresa tomadora dos serviços (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 130).

tomadora ao final do contrato temporário, nos moldes do parágrafo único do mesmo artigo 11, da referida lei. Em Portugal, a obrigatoriedade de contrato escrito entre trabalhador e empresa de trabalho temporário está disposta no artigo 172, a) e b), do Código do Trabalho de 2009. Na Espanha, a determinação legal da forma escrita para o contrato de trabalho temporário encontra-se no artigo 10.1, da Lei n. 14/1994. Em todos os casos, devem ser consignadas todas as condições de trabalho, tais como: local, horário de trabalho e funções do trabalhador temporário.

Da mesma forma, se faz necessária a celebração de contrato escrito³ de prestação de serviços entre a empresa cedente e a tomadora de mão de obra, contrato que se rege pela legislação civil local, tendo em vista sua celebração entre duas pessoas jurídicas, em que pese seu objeto ser a prestação de trabalho subordinado.

No tocante aos elementos do contrato escrito de prestação de serviços, é possível destacar que no caso brasileiro tal contrato deverá indicar: o motivo justificador da demanda, o prazo e o valor da prestação de serviços, bem como as disposições sobre saúde e segurança do trabalho, conforme artigo 9º, da Lei n. 6.019/1974. Em relação à legislação portuguesa, esse contrato deve ser reduzido a termo, conforme artigo 177, do Código do Trabalho de 2009, e conter, obrigatoriamente, os motivos que justificam a contratação e a vinculação ao fundo de compensação do trabalho⁴ a que a empresa está vinculada. No tocante à lei espanhola, o contrato escrito deverá mencionar expressamente: a motivação da cele-

³ A obrigatoriedade de celebração de contrato escrito entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviços é característica dos ordenamentos brasileiro, português e espanhol (Ramalho, 2012, p. 281; Montoya Melgar, 2014, p. 417; Oliveira; Dorneles, 2016, p. 416).

⁴ Fundo de compensação do trabalho é um fundo autônomo, dotado de personalidade jurídica, regido por um conselho de gestão, e que funciona como um fundo de capitalização que garante o pagamento da indenização por cessação do contrato de trabalho. É financiado pelos empregadores, mediante contribuição compulsória. O empregador pode realizar o pagamento da indenização de forma integral e solicitar o reembolso perante o fundo, ou pode pagar apenas uma parcela mínima e remeter o empregado demitido ao Fundo para a complementação da indenização, nos moldes do artigo 366, do Código do Trabalho de 2009.

bração, a duração e o local da prestação de serviços, conforme artigo 6.2, da Lei n. 14/1994.

No que concerne à responsabilidade da empresa tomadora pelo inadimplemento das verbas laborais e previdenciárias tanto o Brasil, quanto Portugal e Espanha, dispõem de forma semelhante. No caso brasileiro a responsabilidade da empresa tomadora é subsidiária e abrange o período em que houve a prestação de serviços, conforme § 7º, do artigo 10, da Lei n. 6.019/74, e solidária na hipótese de ocorrer a falência da empresa de trabalho temporário, de acordo com o que determina o artigo 16, da Lei n. 6.019/74. Em Portugal, o artigo 174, n. 1, do Código de Trabalho de 2009, dispõe que a responsabilidade é solidária entre a empresa tomadora e a empresa de trabalho temporário quando essa deixar de pagar alguma verba ao trabalhador. A Espanha, por seu turno, estabelece que a responsabilidade da empresa de trabalho temporário é originária e abrange as verbas salariais, previdenciárias e indenizatórias. A empresa tomadora tem responsabilidade subsidiária pelas verbas devidas, pelo tempo em que durou a cessão de mão de obra. Contudo essa responsabilidade será solidária quando o contrato de cessão for celebrado de forma irregular (em desacordo com os ditames legais) ou com empresa não autorizada a ceder mão de obra (que não possua licença para tanto, ou que não seja constituída exclusivamente para isso, por exemplo), de acordo com o que preceitua o artigo 16.3, da Lei n. 14/1994.

No que concerne à equiparação das condições de desenvolvimento do trabalho entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora, a legislação brasileira determina que esses têm direito a um meio ambiente do trabalho seguro, higiênico e sadio, e atribui a responsabilidade pela manutenção desse ambiente à empresa tomadora, que deverá, também, estender o mesmo tratamento médico, ambulatorial e de refeições dos seus empregados aos trabalhadores temporários, nos moldes do artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.019/74. No caso português, os trabalhadores temporários têm direito ao acesso e usufruto das mesmas condições oferecidas no local de trabalho aos empregados da tomadora. No contexto espanhol, é direito do trabalhador temporário, nos moldes

do artigo 17, da Lei n. 14/1994, o acesso às mesmas instalações de armários, refeitório, segurança e medicina do trabalho, bem como ao transporte oferecido aos empregados da empresa usuária.

Em relação à equiparação dos direitos laborais entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora, a legislação do Brasil estabelece rol⁵ de direitos específicos a esses trabalhadores, dentre eles uma indenização a ser paga por ocasião da rescisão sem justa causa ou término do contrato, no valor equivalente a 1/12 (um doze avos) do montante total recebido durante a contratação. Em Portugal e na Espanha⁶ há equiparação total de direitos e vantagens,⁷ bem como de condições de trabalho, entre trabalhadores temporários e empregados da empresa tomadora, por força de duas diretivas da Comunidade Europeia que regulam a utilização de trabalho temporário na Europa comunitária: Dir. 91/383/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1991, e a Dir. 2008/104/CE, de 19 de novembro de 2008.

Diferenças entre o contrato de trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha

Dentre as principais diferenças entre o trabalho temporário no Brasil, Portugal e Espanha, estão os requisitos mínimos de constituição e fun-

⁵ Contudo, como decorrência da compreensão do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988, é incontestável que os trabalhadores temporários têm os mesmos direitos que os demais empregados no Brasil (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 130).

⁶ O artigo 11, da Lei n. 14/1994, determina que os trabalhadores temporários na Espanha têm direito à aplicação das mesmas condições de trabalho, remuneração, duração da jornada, horas extraordinárias, períodos de descanso, trabalho noturno, feriados e férias, como se fossem contratados diretamente pela empresa tomadora para a mesma função. Ressalte-se que os direitos coletivos da empresa usuária também se aplicam integralmente ao trabalhador temporário na Espanha, como decorrência da Lei n. 35/2010 (Romero, 2011, p. 329).

⁷ Ao final do contrato de trabalho temporário, os trabalhadores terão direito a uma indenização pecuniária equivalente a 12 (doze) dias por ano de serviço. A exceção a essa regra se dá no caso dos trabalhadores na construção civil que, por força de convenção coletiva, recebem 7 % (sete por cento) do montante do salário anual, ao invés do equivalente a 12 (doze) dias de trabalho (Romero, 2011, p. 344).

cionamento regular das empresas de cessão de mão de obra. Em que pese a exigência de registro no órgão competente, as regras de funcionamento regular são distintas, e demandam maior comprometimento financeiro em Portugal e na Espanha do que no Brasil.

No caso brasileiro, essa exigência consta no artigo 6º, incisos I a III, da Lei n. 6.019/1974, que estabelece a obrigatoriedade da apresentação de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, registro na Junta Comercial competente, e a prova de possuir capital social mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para a legítima constituição e funcionamento de empresa de trabalho temporário. Caso incorra em descumprimento das condições acima, a empresa poderá ter o seu funcionamento suspenso, conforme parágrafo único, do artigo 7º, da Lei n. 6.019/1974.

Em Portugal,⁸ a empresa de trabalho temporário⁹ deve obter licença prévia, conforme artigo 5º, do Decreto-Lei n. 260/2009, bem como oferecer caução ao funcionamento da atividade nos moldes do artigo 7º, do Decreto-Lei n. 260/2009, e do artigo 190, do Código do Trabalho de 2009. Também é exigido que os sócios não estejam proibidos de exercer os atos de comércio, e não existam débitos tributários ou trabalhistas, mesmo em outras empresas onde figurem como acionistas. A mencionada caução (artigo 7º, Decreto-Lei n. 260/2009) varia entre 150 (cento e cinquenta) a 250 (duzentas e cinquenta) vezes o valor do salário mínimo nacional, acrescida da contribuição social referente ao montante total, para as empresas que tenham entre 100 e 300 trabalhadores, e esse valor deve ser atualizado anualmente. Caso ofereçam trabalhadores para pres-

⁸ Maria do Rosário Palma Ramalho critica as altas exigências da legislação portuguesa, afirmando que deve ser mantido certo controle público sobre a atividade de cessão de mão de obra, mas que as restrições podem oferecer obstáculo ao aumento da empregabilidade de curto e médio prazo, bem como dificultar o acesso das empresas a trabalhadores especializados (Ramalho, 2012, p. 278-279).

⁹ Digno de nota que, no caso português, a empresa de trabalho temporário deve ter por única finalidade empresarial a contratação de empregados com o objetivo de ceder mão de obra, de forma que o trabalho temporário aqui estudado não se confunde com a cessão ocasional de mão de obra de uma empresa a outra (que é regulada pelo artigo 288 e seguintes do Código de Trabalho de 2009, e não é objetivo de análise nesta pesquisa) (Fernandes, 2012, p. 137-138).

tação de serviços em outros países, as empresas de trabalho temporário portuguesas também devem oferecer mais uma caução que monte, no mínimo, 10 % (dez por cento) dos salários pagos durante a vigência do contrato de cessão de mão de obra internacional, acrescida dos valores das viagens de repatriamento ao final do contrato, conforme disposto no artigo 10º, n. 1, “a”, do Decreto-Lei n. 260/2009. Além disso, tais empresas devem garantir assistência médica e medicamentosa aos trabalhadores cedidos, na hipótese de não ser possível o acesso a tais serviços de saúde no país de execução do contrato, nos moldes do artigo 10º, n. 1, “b” e “c”, do mesmo Decreto-Lei n. 260/2009. A legislação brasileira e a espanhola silenciam no tocante à cessão internacional de trabalhadores.

A constituição de empresa de trabalho temporário na Espanha, por sua vez, exige que a única finalidade empresarial seja a cessão de mão de obra temporária, conforme artigo 1º, da Lei n. 14/1994. A lei exige a obtenção de licença prévia para o regular funcionamento de tais empresas. Os requisitos para a concessão de licença de funcionamento são: a) a existência de uma organização empresarial adequada; b) dedicação exclusiva à atividade de cessão de trabalho temporário; c) certidão negativa de débitos e obrigações tributárias; d) constituir e manter garantia¹⁰ de, no mínimo, 25 (vinte e cinco) vezes o salário mínimo anual, durante o primeiro ano de exercício, e de 10 % (dez por cento) do montante total dos salários pagos no ano anterior, durante os exercícios seguintes, sendo esse valor também atualizado anualmente; e) não ter sido a empresa sancionada com suspensão de suas atividades por mais de duas vezes; e f) incluir em sua razão social a denominação:¹¹ empresa de trabalho temporário.

¹⁰ Essa garantia pode ser oferecida em espécie, títulos do tesouro nacional ou fiança solidária, conforme artigo 13.1 do Real Decreto n. 4/1995. Importa ressaltar que não basta constituir capital social, mas sim oferecer garantia concreta de pagamento de suas obrigações salariais e previdenciárias (Montoya Melgar, 2014, p. 417).

¹¹ Alfredo Montoya Melgar enfatiza essa obrigação para a obtenção da autorização da Administração Laboral espanhola, esclarecendo que os atos constitutivos da empresa deverão, obrigatoriamente, mencionar a denominação *empresa de trabajo temporal* (empresa de trabalho temporário) (Montoya Melgar, 2014, p. 416).

A lei brasileira estabelece vedação expressa à utilização do trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, de acordo com o artigo 2º, § 1º, e a celebração de contrato de experiência (após o término do contrato temporário) na hipótese de o trabalhador temporário vir a ser contratado diretamente pela tomadora, conforme artigo 10, § 4º, da Lei n. 6.019/74. A mesma lei determina a obrigatoriedade de respeitar um intervalo de 90 dias entre contratos temporários para a mesma tomadora (nos moldes do artigo 10, § 5º), sob pena de configuração de vínculo empregatício entre essa e o trabalhador temporário (de acordo com o artigo 10, § 6º), e que será nula qualquer cláusula contratual de vedação de contratação do trabalhador pela tomadora, ao final do contrato temporário (consoante artigo 11, parágrafo único). É, por fim, proibida a cobrança de quaisquer taxas do trabalhador temporário pela empregadora, mesmo a título de mediação, conforme estabelece o artigo 18, da Lei n. 6.019/74.

Em Portugal, será declarado nulo o contrato de utilização de trabalho temporário caso venha a ser celebrado com empresa não licenciada para a cessão de mão de obra, a declaração de nulidade acarretará a conversão automática dos contratos temporários em contratos por prazo indeterminado com a empresa de trabalho temporário, além de impor responsabilidade solidária da empresa utilizadora e a cedente, pelas verbas laborais devidas, nos moldes do artigo 173, n. 1, do Código do Trabalho de 2009. Se o contrato entre a cedente e a tomadora não indicar, expressamente, a motivação da contratação, de acordo com o artigo 177, n. 5, do Código de Trabalho de 2009, haverá a conversão do contrato temporário em prazo indeterminado com a empresa tomadora. Igual consequência advirá na hipótese de apresentação de motivo falso ou diferente dos apresentados no rol legal, conforme leitura do artigo 176, n. 2 e n. 3, do Código do Trabalho de 2009. O mesmo código laboral veda, expressamente, a celebração de contrato de cedência de trabalhadores entre empresas de trabalho temporário, com o objetivo de cedência à terceira empresa utilizadora, sob pena de conversão do contrato temporário em contrato por prazo indeterminado com a empresa utilizadora (de acordo com o que preceitua o artigo 173, n. 2 e n. 4).

A Espanha, por sua vez, conforme dispõe o artigo 8º, da Lei n. 14/1994, estabelece que é proibida a utilização do trabalho temporário: a) para a substituição de trabalhadores em greve; b) em trabalhos de especial periculosidade;¹² c) quando o posto de trabalho que se pretenda ocupar tenha sido objeto (nos últimos doze meses) de demissão sem justa causa, demissão coletiva, ou rescisão do contrato por culpa do empregador em função de descumprimento de obrigação patronal; d) para a cessão de trabalhadores entre empresas de trabalho temporário. Será nula toda cláusula contratual que impeça a contratação, ao final do contrato temporário, do trabalhador temporário pela empresa usuária, consoante o artigo 7.3 da Lei n. 14/1994. É, também, proibida a cobrança de quaisquer taxas ao trabalhador temporário pela empresa intermediadora, com a finalidade de custear a seleção, treinamento, contratação em consonância com o disposto no artigo 12, da Lei n. 14/1994.

As condições que autorizam utilização do trabalho temporário no Brasil são a substituição transitória de pessoal permanente ou a necessidade de atender demanda complementar de serviços, de acordo com o artigo 2º, da Lei n. 6.019/74. Contudo, deve-se atentar para o fato de tal demanda extraordinária deve ser oriunda de fatores imprevisíveis ou de natureza intermitente, periódica ou sazonal, nos moldes do § 2º, do artigo 2º, da Lei n. 6.019/74. O limite legal de duração do contrato temporário é de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por mais 90 (noventa) dias, desde que mantidas as condições que deram origem à contratação, consoante interpretação dos §§ 1º e 2º, do artigo 10º, da mesma Lei n. 6.019/74.

Em Portugal, nos moldes do artigo 175, n. 1, do Código do Trabalho de 2009, só é permitida a celebração de contrato temporário: a) para a substituição temporária de pessoal permanente; b) em decorrência

¹² No que concerne às atividades nas quais se permite a contratação de trabalhadores temporários, os limites são impostos pela 2ª disposição adicional da Lei n. 14/1994, n. 1, que dispõe ser vedada a utilização de trabalhadores temporários em: a) trabalhos que impliquem a exposição a radiações ionizantes; b) trabalhos que impliquem exposição a agentes cancerígenos, mutagênicos ou tóxicos; c) trabalho que implique a exposição a agentes biológicos.

de acréscimo excepcional da atividade da empresa, em atividade sazonal, ou determinada tarefa ocasional e não duradoura; d) para a execução de projeto temporário de reestruturação, reforma ou reparação industrial; e e) para a ocupação de posto de trabalho, durante o processo seletivo para a contratação permanente de trabalhador(a). A duração máxima da contratação temporária é a permanência da condição que autorizou a contratação, ou dois anos. Contudo, é importante ressaltar que o limite máximo varia conforme a motivação apresentada, sendo de: a) 6 (seis) meses em caso de processo seletivo de trabalhador(a) permanente, b) 12 (doze) meses nas hipóteses de acréscimo de atividade empresarial. Na hipótese de o(a) trabalhador(a) permanecer na função por mais de 10 (dez) dias após o final do contrato temporário, ocorrerá a transformação deste em contrato por prazo indeterminado com a empresa tomadora, conforme se depreende do artigo 178, n. 4, do código laboral português de 2009.

Será autorizada a contratação temporária na Espanha, de acordo com o artigo 6.2, da Lei n. 14/1994, pelo mesmo prazo e conforme as mesmas condições estipuladas para a contratação a termo:¹³ a) para a execução de serviço ou obra determinada, com duração máxima de 36 (trinta e seis) meses, permitida a renovação por até 12 (doze) meses mediante negociação coletiva; b) em decorrência de circunstâncias de mercado, acumulação de tarefas ou excesso de pedidos, com duração máxima de 6 (seis) meses dentro dos últimos 12 (doze) meses, a contar do início da situação excepcional indicada, podendo ser ampliados tais limites para 12 (doze) e 18 (dezoito) meses, respectivamente, mediante negociação coletiva; e c) para a substituição de empregados estáveis no emprego, desde que se indique o nome da pessoa substituída e a motivação da substituição, caso em que o limite de duração contratual coincidirá com a manutenção da situação que autorizou a contratação temporária. Caso não sejam respeitados tais limites, haverá a transformação do contrato de temporário para prazo indeterminado com a empresa tomadora, conforme artigo 15,

¹³ A contratação a termo na Espanha está regulada pelo artigo 15, n. 1, “a”, “b” e “c”, do Estatuto dos Trabalhadores.

do Estatuto dos Trabalhadores. O artigo 15, n. 3, do mesmo estatuto, impõe igual sorte aos contratos temporários celebrados com fraude à lei.

Por fim, uma essencial diferença encontrada na análise comparativa apresentada é a responsabilidade das empresas de trabalho temporário com a formação profissional dos seus empregados. Nas legislações brasileira e portuguesa não foram encontradas referências específicas a essa responsabilidade, ao passo que na legislação espanhola existe expressa determinação, nos moldes do artigo 17.3, da Lei n. 14/1994, para que as empresas de trabalho temporário adotem medidas adequadas para facilitar o acesso dos trabalhadores temporários às oportunidades de formação profissional disponíveis aos empregados das empresas tomadoras, como medida de incentivar o desenvolvimento profissional e habilidades para o emprego. As empresas de trabalho temporário devem também, por força do artigo 12.2, da mesma lei, reservar e aplicar 1 % (um por cento) do montante total dos salários pagos anualmente para a formação dos trabalhadores contratados para serem cedidos às empresas tomadoras.

Conclusão

Após análise comparativa dos contratos de trabalho temporário no contexto legislativo de Brasil, Portugal e Espanha, foi possível constatar algumas semelhanças e um número maior de diferenças. Merece destaque a configuração jurídica tripartida de tais contratos, que exigem a intervenção de três sujeitos: a empresa de trabalho temporário, que contrata pessoas com a finalidade de ceder os seus serviços a terceiros; a empresa tomadora, que celebra contrato de prestação de serviços com a empresa cedente, objetivando usufruir do trabalho de pessoas, sem, contudo, integrá-las ao seu quadro funcional, e os trabalhadores temporários, que sendo empregados da empresa cedente, prestam seus serviços de forma subordinada à empresa tomadora, na sua sede ou em local por ela designado, sem a configuração de vínculo empregatício com ela.

Essa situação *sui generis* é encontrada nos três ordenamentos comparados, em que o contrato de trabalho temporário permite que o poder

de comando e direção do empregador seja exercido pela empresa tomadora, permanecendo sob a égide da empregadora o poder disciplinar, sem que essa situação modifique o eixo da relação de emprego, desde que respeitados os requisitos legais para a sua utilização.

Outro aspecto relevante é que os ordenamentos pesquisados exigem a constituição de empresa, cuja finalidade específica é a contratação de empregados para a cessão de mão de obra a terceiros, demandando, para o legítimo exercício dessa atividade, a obtenção de licença administrativa das autoridades laborais competentes. Contudo, existem exigências de garantias de pagamento das verbas laborais e previdenciárias diferenciadas conforme o país. No Brasil, basta a configuração de capital social mínimo; em Portugal, exige-se o oferecimento de caução mínima, calculada conforme o número de empregados e o valor dos salários pagos, além de outra caução que deve ser oferecida caso a empresa de trabalho temporário ceda empregados para laborar no exterior, cujo objetivo é garantir o pagamento das verbas laborais, da assistência à saúde e o repatriamento dos empregados. A Espanha, por sua vez, exige caução calculada com base em um percentual do total dos salários pagos ao longo dos contratos, atualizada anualmente. Exige-se, ainda, das empresas espanholas de trabalho temporário, que realizem medidas adequadas para a formação profissional de seus empregados (determinando, inclusive, a reserva e aplicação de percentual dos salários pagos na educação dos trabalhadores temporários). Percebe-se, portanto, a existência de requisitos mínimos para a garantia do pagamento das verbas laborais e previdenciárias, sendo possível concluir que Portugal e Espanha oferecem mais garantias ao adimplemento das obrigações patronais aos empregados das empresas de trabalho temporário, do que o que ocorre no contexto brasileiro.

A equiparação de direitos, vantagens e benefícios em geral entre os trabalhadores temporários e os empregados das empresas tomadoras é um traço comum aos três ordenamentos comparados. Mas no que concerne à responsabilidade das empresas tomadoras pelo pagamento das verbas salariais e previdenciárias, bem como das indenizações laborais porventura devidas, percebeu-se que a regra é a responsabilidade subsidiária, e

pelo tempo em que durou o contrato de trabalho temporário. Contudo, é possível afirmar que no contexto português e espanhol ocorrem mais situações de responsabilidade solidária (em especial como decorrência do descumprimento dos requisitos legais de configuração do contrato de trabalho temporário) do que no ordenamento brasileiro (que dispõe a responsabilidade solidária apenas na hipótese de falência da empresa de trabalho temporário).

No que concerne à desconsideração do contrato de trabalho temporário e a configuração de contrato por prazo indeterminado (tanto com a empresa cedente, quanto em relação à empresa tomadora), também é possível afirmar que Portugal e Espanha oferecem mais situações de vínculo empregatício duradouro, como sanção pelo descumprimento dos requisitos legais do que o Brasil.

Assim, por todo o acima exposto, em um contexto geral, pode-se afirmar a legislação a respeito do contrato de trabalho temporário está mais desenvolvida e oferece uma gama maior de garantias e proteção ao trabalhador temporário nos ordenamentos português e espanhol do que no caso brasileiro.

Referências

BRASIL. *Decreto 73.841*, de 13 de março de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/Antigos/D73841.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. *Lei 6.019*, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. *Lei 13.429*, de 31 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm#art1. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. *Lei 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art2. Acesso em: 7 jan. 2018.

ESPANHA. *Lei 14*, de 1 de junho de 1994. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/114-1994.html. Acesso em: 7 jan. 2018.

ESPANHA. *Real Decreto Legislativo 1*, de 21 de março de 1995. Estatuto dos Trabalhadores. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 16. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. 35. ed. revisada y puesta al día. Madrid: Editorial Tecnos, 2014.

OLIVEIRA, Cínthia Machado; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PORTUGAL. *Lei 7*, de 12 de fevereiro de 2009. Código do Trabalho. Disponível em: <http://www.cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CodigoTrabalho2009.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

PORTUGAL. *Decreto-Lei 260*, de 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.aeportugal.pt/comunicacoesemail/Legislacao/E%20-%20DL%20260-2009.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2018.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – Situações laborais individuais*. 4. ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

ROMERO, Belén García. Las empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral de 2010. In: MONTOYA MELGAR, Alfredo; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (coord.). *Comentário a la reforma laboral de 2010: Lei 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma de mercado del trabajo*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2011.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gilberto Stürmer*
Luiz Filipe Duarte**

O presente capítulo aborda a questão da autonomia privada coletiva como princípio a ser preservado em função do direito fundamental à negociação coletiva, previsto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7º, inciso XXVI.

Imprescindível, assim, preliminarmente, esclarecer em que medida os direitos fundamentais vinculam os particulares. Nesse sentido, por primeiro, contextualiza-se o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, no que se refere à origem da teoria e fundamentos da sua aplicação. Após, aborda-se as divergências existentes quan-

* Advogado e Parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/15). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas do Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira n. 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira n. 4 e fundador da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) (1989), mestre em Direito pela PUC-RS (2000), doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) (2005) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla, Espanha (2014). Coordenador dos cursos de pós-graduação – Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Escola de Direito da PUC-RS. Coordenador do Núcleo de Direito Social da Escola de Direito da PUC-RS. Professor Titular de Direito do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) da Escola de Direito da PUC-RS. Tem como principais áreas de atuação o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, e como principal linha de pesquisa a Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito do Trabalho.

** Mestrando em Direito pela PUC-RS. Advogado.

to à medida de vinculação dos destinatários dos direitos fundamentais, com ênfase às teorias aplicáveis, para, em seguida, traçar um perfil de como o assunto é tratado no direito brasileiro.

Em evolução, passa-se a uma abordagem do tema no âmbito do Direito do Trabalho, tanto individual como coletivo, para então, fixar-se na questão da negociação coletiva, como direito fundamental, em um modelo, que se quer crer instituído pela Constituição Federal de 1988, de normatização autônoma, onde os conflitos entre capital e trabalho são, como regra, resolvidos no âmbito da sociedade civil, através da solução direta negociada.

Tem relevância o tema em função do dever dos estados democráticos de fomentar a negociação coletiva trabalhista, da forma como previsto nas normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Da mesma forma, e por consequência, na medida em que a negociação coletiva trabalhista tende a assumir, nesse contexto, importância ainda maior na produção de normas trabalhistas aplicáveis às relações entre capital e trabalho.

Assim, sob a perspectiva de um direito fundamental com incidência nas relações entre particulares, e com base em posição do STF sobre o tema, pretende contribuir para a interpretação que deve ser dada aos acordos e convenções coletivas, como instrumentos aptos a adequar os contornos das relações de trabalho ao momento contemporâneo.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

O tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou, como denominado pela doutrina e pela jurisprudência alemã, *Drittwirkung* – eficácia em relação a terceiros – tem origem naquele país, a partir da Lei Fundamental de 1949.

O ponto de partida para o seu reconhecimento foi a constatação de que as violações aos direitos fundamentais, em face das crises econômicas e sociais do século XX, decorriam não só de atos do Estado,

mas também dos particulares.¹ Ou seja, surge da superação da ideia de que apenas o Estado representava uma ameaça ao exercício dos direitos fundamentais.²

Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada (Sarlet, 2000, p. 118).

A Constituição, nesse sentido, impõe valores a serem observados pela ordem civil, com a conseqüente limitação da vontade dos particulares no âmbito do direito privado. Em outras palavras, há uma relativização da tutela da liberdade de contratar em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.

Ganha relevância a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Da mesma forma, ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, acentua-se a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade (Mendes; Branco, 2012, p. 201).

¹ “A multiplicação progressiva dos centros de poder privados e a enorme magnitude que alguns deles adquiriram é um fato facilmente verificável. Na atualidade representam uma ameaça que não pode ser subestimada pelas liberdades individuais. O poder não está mais concentrado no aparato estatal, é disperso, disseminado na sociedade” (Bilbao Ubbillos, 2006, p. 303, tradução nossa).

² Os direitos fundamentais surgem com o objetivo de salvaguarda das liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao poder do Estado (direitos fundamentais oponíveis apenas e sempre contra o Estado). Produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Enfim, com a aceitação da ideia de que o direito civil não pode ser analisado a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do direito constitucional, começa-se a questionar sobre o tipo de eficácia que os direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente intersubjetivas (Facchini Neto, 2006, p. 43).

Assim, levando-se em consideração os destinatários dos direitos fundamentais, possível a caracterização de uma eficácia vertical, com a vinculação das entidades estatais, no que diz com a aplicação desses direitos no âmbito privado, bem como uma eficácia horizontal, que se relaciona à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Não obstante, na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para além das hipóteses em que uma vinculação direta (imediate) dos particulares resulta inequivocamente do enunciado textual da norma de direito fundamental, controverte-se a respeito da forma como se dá essa vinculação. Nesse particular, a doutrina oscila entre os que advogam a tese da eficácia mediata (indireta) e os que sustentam uma vinculação imediata (direta), ressaltando-se a existência de posicionamentos que assumem feição mais temperada em relação aos modelos básicos referidos, situando-se, por assim dizer, numa esfera intermediária (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2016, p. 376).

Nesse sentido, a análise do tema proposto não pode desconsiderar a controvérsia existente entre as referidas teorias, de forma a tornar necessários os esclarecimentos que seguem.

Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente

nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e aquela que sustenta a incidência direta desses direitos na esfera privada (Sarmiento, 2004, p. 197).

Segundo essa teoria, os direitos fundamentais não representam direitos subjetivos invocáveis diretamente perante particulares (apenas contra o Estado), mas sua eficácia objetiva irradia efeitos no Direito Privado, de forma a impor ao Poder Legislativo a tarefa de mediar a sua aplicação. Denota-se a preocupação, portanto, em preservar a autonomia da vontade, que, de modo amplo, abrange o conceito de liberdade contratual e consequente possibilidade de regulamentação das relações jurídicas, de acordo com a vontade dos envolvidos.

Da mesma forma, traz ínsito a ideia de salvaguarda do Direito Privado, que não deve se limitar à mera concretização de um Direito Constitucional. Nesse sentido, os direitos fundamentais são (ou deveriam ser) protegidos no campo privado não através dos instrumentos do Direito Constitucional, e sim por meio de mecanismos típicos do próprio Direito Privado (Sarmiento, 2004, p. 197).

Indispensável, assim, segundo essa teoria, a intervenção do Estado, por meio do Poder Legislativo, a quem incumbe a tarefa precípua de determinar o equilíbrio entre o respeito à liberdade individual e a vigência efetiva dos direitos fundamentais, já que, na esfera privada, conforme referido, sempre haverá a autonomia da vontade como direito fundamental a ser também preservado.

Das decisões proferidas pela Corte Constitucional alemã, destaque-se a que envolveu o caso *Luth*, especialmente pelas bases teóricas lançadas no julgado.³ Na ocasião, restou assinalado o significado jurídico objetivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador sobre o direito civil, tomando-se posição, com isso, a respeito do efeito perante terceiros do direito fundamental (Facchini Neto, 2006, p. 46).

³ “Depois de enfatizar a posição central dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) anulou neste caso a decisão de um tribunal civil por ter dispensado a influência dos valores que fundamentam os direitos fundamentais no direito privado” (Bilbao Ubbillos, 2006, tradução nossa).

Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada

Essa teoria foi cunhada na Alemanha, através da expressão *Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*, e ganhou repercussão a partir de uma obra de Hans Carl Nipperdey, intitulada *A Dignidade Humana*, publicada em 1954 (Duque, 2013, p. 103).

De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente na relação entre particulares, independente da intervenção legislativa. Especialmente aqueles que se destinam não só ao Estado, mas também aos particulares em geral, como os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião.

Essa concepção ganhou concretude na Alemanha, sobretudo, a partir do debate travado sobre a impossibilidade de diferenciação de salários entre homens e mulheres frente a trabalho de mesma natureza, com base no artigo 3º da Lei Fundamental Alemã, que prevê a igualdade de direitos entre homens e mulheres e a proibição de discriminação, consagrando-se, na ocasião, o princípio da igualdade salarial (*Grundsatz der Lohnleichheit*) (Duque, 2013, p. 104).

No particular, Ingo Sarlet destaca (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2016, p. 121):

De acordo com a posição inicialmente desenvolvida e sustentada por Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, adotada e reforçada por Walter Leisner, este último autor de alentada tese de cátedra sobre o tema, a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.

Nas palavras, ainda, de Hans Carl Nipperdey, idealizador da teoria: “parece-me até uma impossibilidade intelectual querer controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo outra norma de direito privado” (Canaris, 2003, p. 30).

Destaca-se, portanto, a superação da ideia dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, voltados apenas contra o Estado. Defende-se aqui a incidência da Constituição, como ordem de valores, sobre as relações privadas, independente da mediação do legislador.

Cumprir destacar que a referida teoria, apesar de ter surgido na Alemanha, naquele país não prevaleceu. É majoritária, entretanto, em Portugal, com previsão constitucional nesse sentido (artigo 18.1 da Lei Maior lusitana), e na Espanha.⁴ Destacam-se, ainda, precedentes italianos sobre o tema, como o caso em que o Tribunal Constitucional daquele país ressaltou a eficácia horizontal direta do direito à saúde (Sarmiento, 2003, p. 223).

Teoria dos deveres de proteção

Tem origem também na Alemanha, uma terceira corrente, defendida, dentre outros, por Claus-Wilhelm Canaris, que entende que a doutrina dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais constituiu a forma mais exata para solucionar a questão da eficácia no âmbito das relações privadas.

Para o referido doutrinador, os direitos fundamentais na ordem jurídica alemã vinculam diretamente apenas os poderes públicos e não os sujeitos de Direito Privado. Contudo, ele sustenta que o Estado, tanto ao

⁴ “Em nossa jurisprudência, não faltam exemplos de direitos que impliquem eficácia direta na ausência de disposição legal. Assim, o direito à liberdade de expressão dos trabalhadores não está expressamente garantido em nenhum preceito da legislação trabalhista [...] e poucas dúvidas sobre sua validade nesse campo. Acima de tudo, após a inequívoca jurisprudência do Tribunal Constitucional nesta matéria, invalidando demissões e sanções impostas em retaliação pelo legítimo exercício da liberdade de expressão” (Bilbao Ubillos, 2006, p. 315, tradução nossa).

editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares (Gomes; Sarmiento, 2011, p. 73).

A teoria resguarda, assim, a possibilidade de intervenção do Judiciário, através do controle de constitucionalidade das normas do Direito Privado, quando o legislador não proteger adequadamente o direito fundamental em jogo, bem como quando ele, agindo de modo inverso, não conferir o devido peso à proteção da autonomia privada dos particulares (Duque, 2013, p. 316).

Parte da compreensão dos direitos fundamentais, em outras palavras, como princípios objetivos, decorrentes da cláusula do Estado social, que obrigam o Estado a agir na proteção e na efetivação do quanto assegurado.

Eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no direito brasileiro

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu de forma expressa a vinculação dos particulares. Contudo, a eficácia e a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais restou consagrado no artigo 5º, parágrafo 1º, da Carta.

Destaque-se que o direito constitucional brasileiro, como ressaltado pela doutrina, caracteriza-se pela busca da efetividade das normas constitucionais, fundada não só na premissa da força normativa da Constituição, mas também no desenvolvimento de princípios específicos de interpretação constitucional, que ultrapassam o legalismo estrito.

Sua marca, segundo Luís Roberto Barroso, é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais (Barroso, 2003, p. 343). Assim é que, em princípio, conforme entendimento prevalente, todos os direitos fundamentais, à exceção dos destinados exclusivamente ao poder público, vinculam diretamente, de alguma forma, os particulares.

Conforme ressalta Facchini Neto (2006, p. 47), ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder político, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Daí por que se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas.

Nesse sentido, a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito (Sarlet, 2000, p. 147).

Não obstante, ainda que imediata a vinculação, entende-se que não se pode defender uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo a tornar necessária uma análise de cada direito fundamental para verificar a existência e a extensão da sua eficácia horizontal (Canaris, 2003, p. 37). Assim, os direitos fundamentais não terão sempre, para a relação entre os sujeitos de direito privado, exatamente o mesmo conteúdo e o mesmo alcance que na relação entre o cidadão e o Estado (Sarmiento, 2003, p. 222).

Ganha relevância, no contexto, a ideia de ponderação com vistas a evitar a violação à autonomia privada, partindo-se da premissa de que a teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais no âmbito privado não pretende tornar absoluta a incidência dos direitos fundamentais na esfera civil.

A eficácia dos direitos fundamentais e o Direito do Trabalho

Como destaca Bilbao Ubillos, as formulações sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais entre os particulares tiveram grande campo de aplicação no âmbito do Direito do Trabalho.⁵

⁵ “Ninguém pode se surpreender, portanto, que a gênese e o desenvolvimento mais frutífero da teoria do ‘Drittwirkung’ dos direitos fundamentais tenha tido como cenário o campo das relações de trabalho. Essa receptividade especial não é coincidência: é explica-

Nesse sentido, a subordinação empregatícia, decorrente do contrato de emprego, torna assimétrica a relação jurídica, de forma a tornar necessária a proteção de direitos fundamentais eventualmente comprometidos pela deficiente autonomia privada do empregado. Essa manifesta desigualdade justifica, na seara trabalhista, a aplicação imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego, voltada especialmente à proteção do direito do empregado, em detrimento à conduta restritiva do empregador.

Isto, no entanto, não significa que não haja espaço para ponderação com a autonomia privada das partes. Ou seja, não se pode ignorar que algumas das restrições a direitos fundamentais do trabalhador decorrem da relação contratual, cuja formação depende do consentimento do empregado.

Como colocado por Ingo Sarlet (2000, p. 129):

[...] não é a existência de uma situação de “poder privado” ou de desigualdade na relação entre particulares que irá alterar o caráter jurídico-privado da relação jurídica em causa, nem afastar a circunstância de que, em última análise, estamos – também aqui – diante de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais, já que, à evidência, também o particular ou entidade detentor de certo grau (por maior que seja) de poder social, não deixa de ser titular de direitos fundamentais.

Nesse sentido é que não se deve reduzir a zero a possibilidade de autodeterminação dos próprios interesses pelos trabalhadores, tratando-os como se fossem sujeitos incapazes. Necessário sempre levar em consideração a autonomia do ator privado, ainda na hipótese de uma relação assimétrica. Isso porque os particulares, detentores de poderes sociais, são da mesma forma titulares de direitos fundamentais. Indispensável, nesses termos, a harmonização dos direitos eventualmente em conflito.

da pela nota de subordinação intrínseca ao cumprimento do benefício pelo trabalhador [...] Os poderes do empregador (o poder da administração e o disciplinar) são, portanto, uma ameaça potencial aos direitos fundamentais do trabalhador, dado o forte envolvimento da pessoa no trabalho” (Bilbao Ubbillos, 2006, p. 304, tradução nossa).

Essa concepção ganha maior relevância no âmbito de uma negociação coletiva, onde não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

O critério interpretativo, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, nesse contexto, não deve ser o mesmo da do direito individual do trabalho. A lógica protetiva de garantia de direitos deve ser sopesada, em um mesmo nível hierárquico, ao da autonomia privada outorgada constitucionalmente ao empregado.

Em outras palavras, a rigorosa limitação da autonomia da vontade, que caracteriza o direito individual do trabalho, não encontra suporte nas normas constitucionais em vigor no que se refere ao direito coletivo do trabalho. Imprescindível, assim, pela importância da negociação coletiva, e dos resultados dela advindos, uma breve análise do instituto. Mais especificamente a fundamentalidade do direito, sua natureza jurídica e os princípios a ele aplicáveis.

A negociação coletiva como direito fundamental

Conforme já referido, a Constituição de 1988 estabeleceu o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, no seu artigo 7º, inciso XXVI. Da mesma forma, atribuiu ao sindicato a ampla representação da categoria, impondo a sua participação nas negociações coletivas – tidas, nesse contexto, como procedimento que antecede ao ajuste de vontades – em função tipicamente negocial (artigo 8º, III e VI).

Seguindo orientações constantes nas Convenções n. 98/49 e 154/81, ambas da Organização Internacional do Trabalho, buscou a Constituição, a toda evidência, prestigiar a autocomposição dos conflitos trabalhistas, em detrimento à atuação interventiva do Estado.

A autonomia coletiva da vontade, enquanto poder de autorregulamentação dos próprios interesses, nesses termos, restou valorizada pelo texto constitucional. Segundo Octavio Bueno Magano, essa autonomia

deve ser concebida como subproduto da concepção pluralista da sociedade, fundada na observação de que nesta não existe apenas um, senão vários centros geradores de normas jurídicas (1990, p. 14).

No que diz respeito ao direito coletivo do trabalho, a autonomia privada significa o poder de criar, via acordo ou convenção coletiva,⁶ normas jurídicas que serão aplicáveis às relações de trabalho, como se fossem leis entre as partes. Particulariza-se a convenção coletiva, em sentido lato, nesse contexto, como negócio jurídico bilateral, ou, mais especificamente, como contrato normativo.⁷

Para Mozart Victor Russomano (1998, p. 164), quanto à natureza jurídica da convenção coletiva, admite a contratação com fins normativos, mediante a elaboração de normas gerais, abstratas e impessoais. Segundo aponta:

Sendo uma figura jurídica especial, podemos colocar a convenção coletiva, horizontalmente, ao lado dos contratos clássicos, porque formalmente se assemelham. Mas, se quisermos uma disposição vertical de planos, a convenção coletiva ficará entre os contratos (dos quais se aproxima pela aparência externa) e as leis materiais (às quais se assemelha pelos seus efeitos normativos). Com palavras talvez novas, repete-se, aqui, velha ideia. A ideia de que a convenção, no que possui de normativo e porque o possui, é contrato-lei (Duguit), convênio-lei (Cabanellas), contrato-normativo (Balella).

Segundo Arion Sayão Romita (2005, p. 404), quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de “disposição” do direito, mas de regulamentação desse mesmo direito. O sindicato age

⁶ Conforme Gilberto Stürmer (2014, p. 75), quando promulgada a atual Constituição, os conceitos jurídicos de convenção coletiva de trabalho e de acordo coletivo de trabalho já vigiam no ordenamento jurídico interno (CLT, artigo 611). Destaca o autor, nesse sentido, que a variação possível é a negociação coletiva de trabalho entre uma ou várias empresas e o sindicato dos empregados a elas correspondentes, que resulta em um Acordo Coletivo de Trabalho, aplicável apenas no âmbito da ou das empresas acordantes.

⁷ Conforme Octavio Bueno Magano (1990, p. 136), é contrato porque expressa o mútuo consenso das partes convenientes, a respeito de um objeto e é normativo em virtude de sua aptidão para determinar o conteúdo de contratos individuais.

não “dispondo” do interesse individual de cada trabalhador, porém disciplinando suas relações futuras com o empregador.

Complementa o autor, fazendo menção à doutrina, que a negociação não tem por objeto a composição dos interesses individuais contrapostos, isto é, os conflitos individuais entre empregado e empregador, mas sim a melhor composição final dos interesses da própria coletividade interessada.

Nesse sentido, justificável o emprego de métodos de exegese das convenções coletivas segundo os estilos de interpretação dos contratos em geral, com princípios específicos relativos à negociação que lhe dá substrato. Destacam-se, no particular, os princípios do *pacta sunt servanda* e, também, o de lealdade negocial, no sentido de que não se pode agir contra fato próprio.

Some-se a isso o fato de, nas democracias do século XXI, não ser mais possível pensar no superado antagonismo “capital e trabalho”. Pelo contrário, neste terceiro milênio, a dicotomia “capital-trabalho” obrigatoriamente cede espaço para o “caminhar juntos entre o social e o econômico”. Nesse sentido é o comando constitucional. Verifica-se que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, dispostos no mesmo inciso do artigo que trata dos direitos fundamentais, não por acaso estão unidos no artigo 1º, IV, da Constituição Federal (Stürmer, 2014, p. 23).

Veja-se também que a abertura da ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal) segue os parâmetros dos princípios fundamentais, ou seja, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Assim como o direito ao trabalho está atrelado à livre iniciativa (que dele faz parte) como princípio fundamental da República e do Estado Democrático de Direito, também o está como base da ordem econômica (Stürmer, 2014, p. 128).

Assim é que, segundo Arion Sayão Romita (2005, p. 393), a função do direito no Estado-providência, adaptado à nova realidade, é a de conceber um ordenamento jurídico promocional. O legislador resiste à tentação de impor aos atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos

aptos a ensejar a esses atores sociais a autorregulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias.

Daí se falar em uma tendência de intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade coletiva. Tal concepção restou confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. Roberto Barroso, DJE de 29 maio 2015), em acórdão paradigmático sobre o tema.

No precedente citado, ao analisar o tema da transação extrajudicial decorrente de adesão do empregado a plano de demissão incentivada, quando instituído por acordo coletivo, afastou o Supremo a incidência, na hipótese, do artigo 477, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão. Importante ressaltar que um dos argumentos utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho, e que ensejou o recurso ao Supremo Tribunal Federal, foi o de que no Direito do Trabalho a tônica é precisamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade.

Com base, substancialmente, em duas premissas – do modelo de normatização justrabalhista adotado pela Constituição Federal de 1998, no âmbito coletivo, em seu artigo 7º, XXVI, de valorização da negociação coletiva, e a de que, no âmbito do direito coletivo do trabalho, não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho⁸ – salvaguardou-se o direito fundamental do empregador em fazer prevalecer o acordado.

Assim, o direito à liberdade contratual prevaleceu, mediante chancela judicial à relativização do princípio da proteção, com a renúncia a direitos assegurados pela lei, valendo-se do direito fundamental à negociação coletiva, garantido pelo artigo 7º, XXVI, também da Constituição.

⁸ Importância da aplicação da teoria da eficácia direta no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, em que a situação da autonomia da vontade do empregado encontra-se preservada pela presença do sindicato representativo da categoria, em condições de igualdade com o empregador.

Caso envolvendo o Direito do Trabalho, e que bem demonstra a inegável eficácia direta dos direitos fundamentais na relação entre particulares, em que pese necessitar – em face do conflito entre a autonomia privada (e liberdade contratual) e outros direitos fundamentais – de uma análise tópico-sistemática (Sarlet, 2000, p. 159).

Conclusão

A especial relevância dos direitos fundamentais na ordem constitucional, decorrente do elemento qualitativo – a fundamentalidade – impõe a vinculação dos seus destinatários, seja o Poder Público ou os particulares.

Eficácia horizontal, nesse sentido, ganha importância, e certa divergência na doutrina quanto à medida dessa vinculação, como visto, em função da natureza peculiar dessa configuração. Os particulares envolvidos na relação jurídica são, em princípio, ambos (ou todos) os titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se estabelecer restrições recíprocas, estabelecendo-se uma relação de cunho conflituoso, como visto no julgado analisado.

O objetivo há de ser a busca por uma solução embasada na ponderação dos valores, baseada no equilíbrio e na concordância prática, com a preservação, na maior medida possível, da essência de cada um dos direitos fundamentais.

A posição do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a negociação coletiva como instrumento apto a adequar os contornos das relações de labor ao momento econômico contemporâneo – sobretudo após o reconhecimento da sua força normativa (artigo 7º, XXVI, da CF/88) – denota a preocupação de readequação entre o Direito do Trabalho e as situações por ele reguladas. Bem pondera, nesses termos, a preocupação da proteção do trabalhador com a eficácia dirigente do direito fundamental ao reconhecimento dos acordos e convenções coletivas.

Solução, enfim, que envolve a aplicação da Constituição Federal, que asseguram os direitos fundamentais, na relação estabelecida com a ordem jurídica privada, mais especificamente o Direito do Trabalho.

Da mesma forma, importante contextualizar o papel atual do Estado na promoção da negociação para o atingimento dos seus fins, com uma atuação, de acordo com o propugando no capítulo – típico das democracias consolidadas e defendido pela Organização Internacional do Trabalho, saliente-se –, voltada à proteção de procedimentos a serem observados no âmbito das negociações, e não especificamente sobre o seu produto. Possibilitando, assim, que as normas que regulam as relações de trabalho sejam produzidas pelos particulares, com considerável liberdade, através de acordos e convenções coletivas.

A ideia de não censura ao negociado, nesse sentido, baseia-se não apenas na garantia de correção, baseada, no plano horizontal, no princípio da autonomia, mas também, e principalmente, na capacidade das partes envolvidas – muito maior que a do legislador – de encontrar uma disciplina justa quanto às condições econômicas e de trabalho da relação jurídica estabelecida.

Como manifestado no precedente a que se fez menção no presente texto, não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Nas palavras do Min. Barroso, é através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. de Ingo W. Sarlet e Paulo M. Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: driiwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990. V. III: Direito Coletivo do trabalho.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; MORAIS, José Luis (org.). A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional, Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles*

Recentemente houve a promulgação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, introduzindo significativas alterações na legislação trabalhista brasileira, em especial, na septuagenária CLT e na Lei n. 6.019/74 (terceirização). Possivelmente estejamos diante da *mais impactante mudança no sistema juslaboral pátrio desde a sua origem*, nos anos 1940. Não obstante o contexto controverso em que se deu a criação, tramitação e aprovação da lei reformadora, o fato é que significativas modificações normativas estão em vigor desde 11 de novembro de 2017, e assim, ao que tudo indica, permanecerão.

As repercussões introduzidas pela reforma são amplas, impactando diretamente a propedêutica juslaboral, o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho. Podemos visualizar significativas reconfigurações na assimilação normativa da teoria da hipossuficiência, na esquematização principiológica do direito do trabalho e na ordenação das fontes juslaborais, entre outras tantas mudanças. Não se trata, portanto, de uma mera reforma normativa pontual, mas de impactante reformulação do direito do trabalho, ao menos segundo concluímos nesta análise preliminar.

Este texto tece algumas reflexões sobre os juízos de necessidade, adequação e proporcionalidade em relação a um dos aspectos de maior repercussão da reforma trabalhista, qual seja, a possibilidade de a nego-

* Especialista em direito do trabalho (Univali). Mestre e doutor em Direito (UFSC). Professor de direito do trabalho (UFRGS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Membro da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT).

ciação coletiva suplantar direitos legalmente previstos, algo que até então era tradicionalmente vedado em nosso sistema, ao menos como regra. Trata-se de uma abordagem, portanto, à luz dos direitos fundamentais, que parte da noção de dignidade do trabalhador e da contextualização do direito do trabalho para buscar seu objetivo.

Dignidade do trabalhador, política-jurídica juslaboral e crise juslaboral

O tema deste texto – necessidade, adequação e proporcionalidade da reforma trabalhista – tem por objeto central a ideia de dignidade da pessoa humana. É o ponto de partida, a referência ou parâmetro a partir do qual a proposta ou ideia de reforma trabalhista deveria ser analisada. Afinal, nunca podemos esquecer que o (direito ao) *trabalho* (digno ou decente) está arrolado como um direito fundamental social no artigo 6º da nossa Constituição.

Claro está, ao menos assim nos parece, que o direito do trabalho, já de algum tempo, vive um momento de crise em alguns de seus postulados teóricos fundamentais. *Uma crise teórica*. Gostemos ou não, é sabido que o mundo do trabalho vem sofrendo significativas transformações, que inclusive se acentuam nos tempos mais recentes. Diversos são os fatores que causam essas transformações nas relações de trabalho, grande parte deles sabidos por todos nós. São mudanças culturais, tecnológicas, ideológicas, político-econômicas, produtivas, algumas consideradas positivas, outras, talvez, nem tanto. O fato é que o mundo do trabalho não é blindado a esses fatores que, neste texto, chamaremos de “externos”.¹ A relação de trabalho é uma expressão de relação social e, como tal, revela-se sensível às mutações ocorridas na sociedade.

¹ Que atuam, como fatores que alimentam a crise juslaboral, ao lado dos fatores “internos”, quais sejam, inconsistências ou limitações teóricas que, desde a origem, pautaram institutos relevantes do direito do trabalho, tais como o conceito de subordinação ou mesmo a caracterização da relação de emprego.

Muitos dos principais alicerces teóricos do direito do trabalho foram concebidos em outro contexto – na passagem do século XIX para o século XX, marcadamente. Agora façamos um exercício de imaginação: pensemos em como era a realidade social nesse período de formação juslaboral comparemo-la com os dias atuais. Neste exercício, facilmente percebemos que a dinâmica sócio-político-econômica se transformou muito nesse período, e isso é ainda mais acentuado quando focamos exclusivamente a experiência brasileira.

Esse é o ponto central da questão. *O direito do trabalho foi arquitetado para responder a determinadas demandas que eram legítimas, correntes, expressivas no início do século passado.* E o fez bem; mas, na medida em que o mundo do trabalho foi se transformando, novas demandas foram se formando e se legitimando, e grande parte delas vai se ressentindo de uma resposta adequada por parte do direito laboral. Esse déficit entre demanda/resposta é a razão da crise. O excesso de descumprimento espontâneo da legislação laboral, a intensa procura ao Poder Judiciário, o recorrente questionamento a alguns de seus alicerces (sucessivas propostas de reforma, orientadas pelas mais variadas matrizes ideológicas) são alguns dos *sintomas* mais perceptíveis dessa crise.

Aqui é possível fazer uma ressalva importante, antes de prosseguir o texto. A crise não força necessariamente uma completa reconstrução ou subversão do direito do trabalho “clássico”. O atual mundo do trabalho caracteriza-se pela coexistência de antigas e novas demandas: mantém a figura da relação de emprego típica e uma essência de hipossuficiência ou de vulnerabilidade do trabalhador, mas também expõe o surgimento de outros modelos relacionais com diversificados padrões de vulnerabilidade; ou seja, adquire complexidade. Por isso, um direito do trabalho ideal precisa de *novas respostas ao lado das velhas respostas*. Em suma, *a crise há de ser superada pelo aperfeiçoamento do instrumental juslaboral, e não pela sua subversão*. Esse, ao menos, é um dos pressupostos que embasa este texto.

Crises exigem reflexões, redefinições, reconstruções. Em momentos como estes, os clássicos devem ser revisitados, relidos, rediscutidos e servir de guia, mesmo que um guia inicial (ou seja, não um guia exclusivo

ou definitivo), para as reformulações teóricas necessárias. Primeiro, porque foi a partir dos clássicos que esse direito do trabalho “clássico”, que atualmente está em crise e que deve ser revisitado, foi arquitetado. Ou seja, os clássicos são fundamentais para entendermos “o porquê”, a razão das coisas. E segundo, porque uma das principais propriedades de um “clássico” é o seu caráter atemporal: mesmo com a passagem do tempo, alguns (ou muitos) de seus postulados teóricos permanecem adequados ao contexto atual.

Começemos lembrando Mario de La Cueva, que enfatiza em seus textos um lado acentuadamente humanista do direito do trabalho. O autor mexicano conceitua o direito do trabalho como “[...] o conjunto de normas que tendem a realizar o direito natural do homem a conduzir-se para uma *existência harmônica com a dignidade da pessoa humana*” (La Cueva, 1954, p. 475-476, tradução e grifo nosso). Complementa afirmando que:

O direito do trabalho não deve admitir a tese de que o trabalho humano seja uma mercadoria e tão pouco pode aceitar que se o trate como as coisas que estão no patrimônio dos homens, nem é possível conceber a relação jurídica de trabalho como uma simples troca de prestações e ao direito do trabalho como a norma que busca o equilíbrio destas prestações; o direito do trabalho contempla não o câmbio de prestações e sim a pessoa humana e o que busca é dar-lhe uma existência em harmonia com os valores de que é portador o ser humano (La Cueva, 1954, p. 477, tradução nossa).

Em síntese, ainda para o mesmo autor, o direito do trabalho, em sua essência, se fundamenta na:

- a) necessidade social (conjunto de vulnerabilidades que caracteriza o trabalhador; desde a vulnerabilidade hierárquica – a subordinação, tão conhecida e propagada pelo direito do trabalho –, mas também de outras vulnerabilidades que foram esquecidas ao longo da evolução teórica desse ramo jurídico, tais como a econômica, a negocial, a técnica, etc.);

- b) na solidariedade social (identificada na colaboração dos atores sociais, solidariedade essa reconhecida como um bem ou valor juridicamente tutelável);
- c) na natureza humana (percepção de que ao direito não serve apenas para garantir a existência, mas sim a existência *digna*, algo que se realiza – também – por meio do trabalho e deve ser respeitada por todos, não apenas pelo Estado);
- d) em suma, conclui o autor, o direito do trabalho é um ramo jurídico fundado na ideia de *justiça* (La Cueva, 1954, p. 269-270).

Avançando sobre as palavras de La Cueva, podemos dizer que a dignidade da pessoa humana é o fundamento a partir do qual todos os direitos fundamentais – inclusive os sociais – emergem (Molina, 2013, p. 221). Trata-se de um atributo universal aos seres humanos e, portanto, os faz iguais em essência. Sarlet bem define a dignidade humana como:

[...] 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, neste 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 com os demais seres humanos (Sarlet, 2008, p. 7).

Foi a partir da percepção de que o ser humano trabalhador não se realizava em sua dignidade em meio a relações de trabalho regidas exclusivamente pelos preceitos liberais clássicos que o direito do trabalho nasceu, tendo no princípio da proteção o seu principal elemento de autonomia teórica – seu “princípio fundamentante”, invocando as lições de Palma Ramalho (2005, p. 46-50). Aqui podemos perceber a principal funcionalidade e um limite implícito à essência protetiva: sua razão (funcionalidade), resgatar a dignidade do ser humano que labora, nivelando uma relação que, sob diversos aspectos, é essencialmente desigual; um de seus limites, de maneira simplificada, mas bem didática, não sobrepor a

dignidade do ser que trabalha à dignidade do ser que toma o trabalho. É um direito que busca promover uma igualdade inexistente sem a presença da essência protetiva, e não um direito que visa promover uma desigualdade de outro tipo.

É nesse sentido que, retornando aos clássicos, podemos invocar as lições de Muñoz Ramon, que formula uma “definição político-jurídica” do direito do trabalho. Conforme explica, a política-jurídica é um ramo de conhecimento que se propõe a investigar *qual deve ser o fim almejado* pelo conjunto normativo em apreço (“O que queremos alcançar com o direito do trabalho?”). Em suas reflexões, conclui Muñoz Ramon (1976, p. 10-11) que o direito do trabalho, à luz da política-jurídica, é o ramo do direito que busca o *equilíbrio e a harmonia* das relações obreiro-patronais, promovendo uma (justa) distribuição dos bens oriundos da produção.

A partir desse conceito, podemos extrair algumas premissas, tais como: (a) a de que capital e trabalho unem esforços na produção de riqueza (logo, esse processo somente se aperfeiçoa através da presença de ambos os atores); (b) “obreiros” e “patrões”, portanto, são legítimos agentes de formação da riqueza; (c) apesar do esforço conjunto, uma vez criada, essa riqueza não se distribui espontaneamente de forma equitativa (tende a se concentrar nas mãos do patronato); (d) essa tendência ao desequilíbrio distributivo gera conflitos (e injustiças) sociais, que ameaçam a paz social e, portanto, deve ser esse desequilíbrio juridicamente combatido; e (e) justificam um instrumental normativo visando a uma redistribuição mais harmônica e equitativa dos bens oriundos da produção. Esse instrumental normativo dá forma ao direito do trabalho. Essa é sua missão, que retrata o que podemos entender por justiça social.

Continuando as lições de Muñoz Ramon, os critérios de harmonia e equidade que devem nortear o instrumental normativo de distribuição de bens (ou seja, devem nortear o direito do trabalho, à luz da política-jurídica) não são necessariamente econômicos, ou matemáticos. Não se trata, portanto, de uma ciência exata ou absoluta. Tais critérios de harmonização e equidade da distribuição de bens a ser promovida pelo direito

do trabalho devem ser fixados por meio de determinados princípios,² que por sua vez foram fixados levando em consideração determinados postulados, determinados conhecimentos ou fatos revelados pelas ciências que cuidam da sociedade como um todo. E, dentre os postulados a partir dos quais tais princípios devem atuar, dentre as “verdades” (fáticas e científicas) a partir das quais a distribuição harmônica e equitativa há de ser buscada, cita Muñoz Ramon (1976, p. 11-24) o postulado de que a realidade social é “*diversificada e cambiante*”.

O recorte teórico que procuramos muito resumidamente expor até agora dá conta da complexidade do tema que ocupa este texto. “Obreiros” e “patrões” são representantes por excelência do trabalho e do capital, percebidos como classes sociais. O econômico e o social muitas vezes se antagonizam, protagonizam fontes de inúmeros conflitos e demandas, mas forçadamente devem conviver. A harmonização desses interesses não é uma tarefa fácil de equacionar. Ainda mais se aceitarmos a premissa (ou postulado) de Muñoz Ramon de que a realidade é diversificada e cambiante.

Vamos então, na sequência, rapidamente resgatar um pouco da realidade que pautou a construção do direito do trabalho e contrastá-la com os dias atuais. Assim, fica mais fácil entender a razão das constantes proposituras de reformas trabalhistas – e particularmente, da proposta mais atual. Convém destacar que “entender a razão da reforma” não é o mesmo que concordar ou divergir do teor dessa reforma.

Contexto de formação do direito do trabalho

Resgatamos, aqui, sinteticamente, valiosas lições da sociologia que descrevem o contexto de formação do direito do trabalho a partir da metáfora de um grande pacto social, havido no período por alguns denomi-

² Neste sentido, os princípios pelo autor invocados atuam como “critérios de medida”. Não é o caso de invocar, aqui, todos os princípios e todos os postulados propostos; entretanto, destacamos que o autor faz referência tanto a princípios protetivos de heterointervenção quanto a princípios participativos de atuação por meio das representações coletivas.

nado “capitalismo organizado” (Santos, 1996, p. 75-87; Santos, 1990, p. 194-196; Offe, 1983, p. 29-51). Foi nesse período que se apresentaram as condições sociais, políticas e econômicas necessárias ao surgimento e consolidação do direito do trabalho. O modo de produção taylorista/fordista atingiu o ápice de seu desenvolvimento, baseado na fragmentação, especialização e máxima racionalização das tarefas no processo produtivo. Com ele, houve um incremento até então sem precedentes do ritmo da produção: os custos produtivos caíram, os lucros aumentaram; com a queda dos custos produtivos, os preços dos produtos diminuíram e, com isso, o mercado consumidor se expandiu. Com a ampliação do consumo a demanda por produtos aumentou e também a necessidade de mais trabalhadores na produção. Assim sucessivamente, em harmonia com uma premissa científica corrente no período, de que o progresso seguiria um ritmo linear, constante e infinito. Foram essas premissas que sustentaram durante muito tempo (talvez ainda sustentem) a formação do Estado Social e suas promessas de pleno emprego e de constante e progressiva ampliação de direitos trabalhistas.

Nessa metáfora de repactuação social, cumpriria aos trabalhadores o abandono – mesmo que estratégica e temporariamente – de ideais subversivos do sistema capitalista (anarquismo, socialismo, comunismo). Em troca, ganhariam maior inserção no sistema, sendo papel do patronato (seu “dever” nesse pacto) o reconhecimento e a ampliação (a legitimação) de direitos trabalhistas básicos. Ao Estado, outro partícipe do pacto, caberia a administração das relações obreiro-patronais (impondo, fiscalizando e estimulando a ampliação de direitos trabalhistas), bem como o fomento e gerenciamento do capital social (recursos financiadores de políticas públicas de distribuição de renda e assistência social). Um pacto de harmonização, ou segundo Offe (1983, p. 41-42), de “soma zero”: todos se beneficiam e se sacrificam em relativa equivalência. Daí resulta o direito do trabalho como uma “cláusula básica da contratualidade reformadora do capitalismo”, como já expressou o jurista Genro (1998, p. 38).

A partir dos anos 1970, todo o cenário social, político e econômico que antes sustentava essa perspectiva compromissória de formação

do Estado Social e do direito do trabalho vai se alterando. Foram várias transformações, algumas podendo ser citadas:

- a) crise do modelo produtivo fordista “rígido” (compatível com um modelo de contratação estável) e superveniência nos modelos de produção “flexíveis” (exigindo contratos igualmente flexíveis);
- b) a percepção de que o progresso humano – assim como a evolução capitalista – não é estável, linear, necessariamente constante;
- c) a inconformidade ao custo tributário gerado pelo Estado Social para fomentar e gerenciar o “capital social”³ (Santos, 1990, p. 195);
- d) a diversificação e complexificação da realidade social, a formação de novos movimentos, grupos (e demandas) sociais e o consequente ou correlato enfraquecimento político do sindicalismo como movimento social, ou do Trabalho como ator ou classe social.

Tais fatores, por si só, abalam significativamente a instrumentalidade do direito do trabalho “clássico”, que por sua vez se baseia:

- a) na ideia de que o trabalhador é um ator social homogêneo;
- b) na ideia de que a sua relação jurídica de base – a relação de emprego – tem sua característica principal (a subordinação) presente de forma clara e universal;
- c) na ideia de que o trabalhador é uma classe homogênea, com demandas homogêneas e, conseqüentemente, que as respostas dadas pelo instrumental protetivo podem ser únicas, gerais e abstratas;
- d) enfim, na ideia de que a estipulação de direitos mínimos (que representam custos ao setor produtivo) e sua gradativa ampliação seriam facilmente assimiláveis pela promessa de constante e infinito crescimento da riqueza gerada pelo capitalismo.

A questão, portanto, que surge, está em como compatibilizar a essência protetiva do direito do trabalho, o seu verdadeiro “DNA”, com

³ Em síntese, os recursos que fomentam políticas sociais de transferência de renda (seguridade social, educação, etc.).

um cenário social, político, econômico e produtivo completamente novo, distinto do de sua formação. Essas são algumas das razões da crise do direito do trabalho; essas são algumas razões para as sucessivas tentativas de reformas do direito do trabalho. A isso se agrega, nos tempos recentes, um elemento novo, qual seja, a atual crise política e econômica brasileira.

A recente reforma trabalhista sob a ótica dos direitos fundamentais

Recentemente houve no Brasil uma reforma da legislação trabalhista, protagonizada pela Lei n. 13.467/2017, entre outros dispositivos normativos. Inúmeras foram as alterações promovidas, algumas mais impactantes, outras nem tanto. Na essência da reforma, tentando traduzi-la a partir de uma análise principiológica, em breve síntese, podemos perceber que o legislador reformista propôs um estreitamento (ou conformação) dos princípios fundamentais da proteção e da promoção da melhoria da condição social do trabalhador. Essa rarefação protetiva revela-se, pelo menos, em quatro aspectos: (a) na ampla mitigação do princípio da norma mais favorável;⁴ (b) no reequacionamento, pela via da pré-ponderação, da interação até então existente entre os princípios

⁴ A inclusão do artigo 611-A na CLT subverteu a máxima, até então corrente, de que a negociação coletiva deveria ser balizada minimamente pelos direitos legalmente estabelecidos. Na verdade, essa subversão a que nos referimos não é plena, mas, ao menos, ocorre em relação às matérias arroladas no artigo recém-citado, que são numerosas e bastante impactantes na dinâmica contratual. Observamos, assim, a subversão da premissa clássica de que os direitos legais constituíam, salvo (poucas) exceções, um padrão mínimo de condições a ser observado, passíveis (apenas) de majoração. Com a reforma, os temas elencados no artigo 611-A da CLT podem ser mantidos em sua regulamentação legal *standard*, ampliados *ou* reduzidos, conforme a vontade convergente das representações coletivas. Além disso, eventuais antinomias entre acordos e convenções coletivos passam a ser regidas pelo princípio geral hermenêutico da *especialidade*, e não mais pelo princípio da norma mais favorável. É o que reza a nova redação a ser dada ao artigo 620 da CLT: “As condições estabelecidas em *acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão* sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (grifamos). Sendo assim, é possível visualizar na reforma proposta uma significativa compactação da incidência do princípio da norma mais favorável em nosso sistema.

da irrenunciabilidade (agora estreitado) e da autodeterminação das vontades coletivas (agora ampliado);⁵ (c) na desvinculação que antes havia entre promoção da melhoria da condição social (princípio fundamental) e autodeterminação da vontade coletiva (princípio derivado);⁶ (d) na receptividade dada pelo novo sistema proposto à autonomia individual (e coletiva) como instrumento regente de diversos aspectos da relação de trabalho.⁷ São todas conformações que moldam o modelo,

⁵ O artigo 611-A da CLT introduziu um extenso rol de direitos passíveis de conformação (inclusive redutora) pela via da negociação coletiva. Mais do que isso, *sugere* que esse rol de matérias é *meramente exemplificativo* (“entre outros”), abrindo possibilidade para que a disponibilidade negocial coletiva alcance outros temas, desde que observado o limite estabelecido pelo artigo 611-B da CLT. Antes da reforma proposta, essa possibilidade adaptativa limitava-se a uma tímida lista de temas, tais como redução salarial e majorações de jornada, todos expressamente previstos na Constituição, legislação, ou consagrados pela jurisprudência. Com isso, o legislador reformista pré-pondera a interação entre os princípios da irrenunciabilidade e da autodeterminação coletiva, redimensionando a lista de matérias em que haverá de prevalecer um ou outro, agora, privilegiando o segundo.

⁶ Manifestamente, a negociação coletiva, tradicionalmente um importante mecanismo de ampliação de direitos, assume com a reforma de 2017 uma vocação marcadamente *adaptativa*, em boa parte desvinculada de um lastro legal mínimo, ressalvadas as matérias indicadas no artigo 611-B da CLT (taxativas, conforme sua literalidade). Com isso, ao que tudo indica, está o legislador reformista enfatizando, ou até mesmo hiperdimensionando, um papel que Delgado (2011, p. 1256), por exemplo, estabelecia ao que denomina *princípio da adequação setorial negociada*, segundo o qual “as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados”. Percebemos, entretanto, um significativo estreitamento nos limites substantivos (“critérios objetivamente fixados”) impostos à autonomia coletiva privada. Por um lado, o legislador arrola *taxativamente* no artigo 611-B (“exclusivamente”) quais são os direitos mínimos que balizam a negociação coletiva e, por conseguinte, delega expressa ou *tacitamente* ampla disponibilidade negocial (para reduzir, preservar ou ampliar) à autonomia coletiva privada relativamente a todos os temas não arrolados neste dispositivo. Na medida em que o princípio da promoção da melhoria da condição social perde um de seus principais mecanismos de efetivação – a negociação coletiva amplamente balizada por direitos mínimos – acaba por observar, com a reforma, uma expressiva redução em suas dimensões, talvez até mesmo em seu *status* de princípio fundamental do direito do trabalho.

⁷ A alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 é pródiga nesse sentido: banco de horas com compensação em até seis meses (artigo 59, § 5º, da CLT); estipulação de jornadas “12x36” no setor da saúde (artigo 59-A, § 2º, da CLT); alteração entre regime

agora implementado, sendo que neste artigo vamos focar o aspecto que se convencionou chamar, em síntese, de “prevalência do negociado sobre o legislado”.

Esse conjunto de transformações extremamente impactantes ao direito laboral pátrio, contudo, revela-se bastante controverso quando se o analisa à luz de princípios constitucionais de defesa aos direitos fundamentais como o da vedação do retrocesso social. Por força da abertura que os parágrafos do artigo 5º da Constituição nos fornecem, os dispositivos que tratam de direitos sociais fundamentais estão blindados contra revogações ou reduções, sendo essa a essência do princípio do retrocesso social. Sem falar na própria parte final do *caput* do artigo 7º da Constituição, que ao referir que os direitos trabalhistas ali previstos visam “a melhoria da condição social do trabalhador”, consagrando claramente a ideia de que a evolução nessa seara deve ser ampliativa de direitos, não regressiva. Essa predisposição ampliativa, supostamente, alcança não apenas os dispositivos expressos em seu texto constitucional, mas também aqueles de caráter infraconstitucional – regras internacionais internalizadas e legais – que complementam, regulamentam, viabilizam, ou seja, dão sentido e efetividade ao comando constitucional.

Nem é preciso invocar a teoria constitucional para argumentar em favor dessa tese no âmbito trabalhista. Retornando aos clássicos do direito do trabalho, sempre foi recorrente a defesa de uma propriedade expansiva inerente ao princípio da proteção, esse reconhecidamente o princípio maior do direito do trabalho. La Cueva (1954, p. 439), já citado, fazia re-

presencial e de teletrabalho e disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos e estrutura necessários ao trabalho remoto (artigo 75-C, § 1º, e 75-D, da CLT); fracionamento de férias (artigo 134, § 1º, da CLT); definição dos horários de concessão de intervalos para amamentação (artigo 396, § 2º, da CLT), entre outros. Além disso, para aqueles considerados “hipoempregados” ou hipovulneráveis, resguarda-se também autonomia negocial para pactuação de cláusula compromissória de arbitragem (artigo 507-A da CLT), algo que até então não era majoritariamente admitido, conforme já referido. Também inova o legislador reformista ao prever um amplo rol de matérias (artigo 611-A da CLT) passíveis à conformação pela via da autonomia privada individual (artigo 444, parágrafo único, da CLT), reiterando que, a nosso ver, tal hipótese peca por inconstitucionalidade.

ferência à “tendência de expansão do direito do trabalho”. Deveali (1953, p. 27-31) fazia referência à “força expansiva” do direito do trabalho. Gomes e Gottschalk (1975, p. 62-64) falavam em “caráter expansionista do direito do trabalho”. Contemporaneamente, Palma Ramalho (2005, p. 48-50) faz referência a uma atuação sistemática do princípio protetivo nos planos horizontal (ampliação de objeto) e vertical (ampliação de direitos).

Retornando ao plano constitucional, convém também destacar que não apenas os direitos fundamentais estão protegidos pelo princípio da vedação do retrocesso, mas também que os modelos contemporâneos de Estado de Direito devem atuar em respeito a princípios como o da segurança jurídica, protegendo os direitos e as expectativas geradas pelos direitos sociais fundamentais contra violações cometidas por agentes públicos ou privados. Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 6) expõe que “também no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental, em sentido formal e material”. Aduz que em períodos de instabilidade institucional, econômica e social as propostas reformistas se proliferam, sempre acompanhada de “elevados níveis de insegurança”, o que dota de maior importância e destaque à segurança jurídica como princípio e direito fundamental interligado à própria noção de dignidade da pessoa humana. Em suas palavras, “[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica, social, econômica e política, que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (Sarlet, 2008, p. 7). E continua, afirmando que “[...] a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos [...] em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível com uma visão de dignidade” (Sarlet, 2008, p. 7).

Destaca também o professor Sarlet (2008, p. 21-25) que a ideia de segurança jurídica se conjuga com a de proteção à confiança, protegendo-

do direitos fundamentais não apenas contra medidas ou atos retroativos, mas também retrocessivos, ou seja, que não atinjam direitos adquiridos propriamente ditos, mas direitos sociais previstos legal ou constitucionalmente com efeitos prospectivos. Vedação do retrocesso e segurança jurídica, portanto, são princípios que, no tema objeto deste texto, se conjugam e complementam.

Há de se dizer que, para Sarlet, consideradas certas circunstâncias, alterações legislativas nos direitos sociais, mesmo quando promovidas no âmbito legal (infraconstitucional) e com efeitos meramente prospectivos (de futuro) podem sim violar princípios protetivos como o da vedação do retrocesso e da segurança jurídica, e, nesse sentido, serem questionadas em sua legitimidade e validade jurídicas. Entretanto, obtempera que a questão se complexifica diante da crise geral pela qual os Estados Sociais há muito atravessam e diante da necessidade permanente de adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade socioeconômica dinâmica. Nas suas palavras:

Se por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado (Sarlet, 2008, p. 14).

Assim, assimilando a máxima atualmente corrente de que nenhum princípio ou direito é absoluto, Sarlet visualiza um “caráter necessariamente relativo da proibição do retrocesso” (Sarlet, 2008, p. 25). Enquanto princípio de defesa dos direitos fundamentais (inclusive sociais) e da dignidade, implicitamente reconhecido em nossa Constituição, o princípio da vedação do retrocesso consagra alguns limites básicos à atuação do legislador, qual sejam, (1) a vedação (absoluta) de *abolição* dos direitos sociais já concretizados; (2) a possibilidade *apenas excepcional* de eventuais conformações (reduções) dos direitos sociais, sempre de forma a preservar o seu “núcleo essencial” e preferencialmente de maneira não abrupta (segurança jurídica, proteção à confiança), especialmente em relação àquelas

pessoas que se encontram em uma situação jurídica intermediária (observância a medidas especiais de transição). Com relação a esse segundo limite, que permite certas conformações de direitos sociais, a análise há de ser tópica, casuística, em consideração a outros eventuais princípios e valores em confronto e por via de procedimentos metodológicos ponderativos.

Nessa seara, convém recordar, com a brevidade permitida, as lições de Ávila (2012, p. 183), para quem, nessas situações de tensão, há de se verificar, em primeiro lugar, a pertinência ou legitimidade do fim visado pela alteração proposta, para que, na sequência sejam estabelecidos juízos ponderativos de (1) *adequação* (“o meio utilizado é adequado para promover o fim visado?”); (2) de *necessidade* (“dentre os meios disponíveis, razoáveis e igualmente adequados para promover o fim visado, aquele escolhido é o menos restritivo ao direito fundamental atingido?”); e (3) de *proporcionalidade em sentido estrito* (“as vantagens decorrentes da consecução do fim almejado superam as desvantagens provocadas pelo meio adotado?”).

Para esse exercício ponderativo, a título de raciocínio argumentativo, devemos partir da premissa (também controversa) de que a crise enfrentada pelo Estado brasileiro é real, significativa, com a proporção propagada pelos órgãos e agentes oficiais e, portanto, cujo saneamento demanda medidas igualmente drásticas e urgentes. Por si só essa já é uma premissa por muitos contestada, mas é muito difícil estabelecer um juízo a respeito. Afinal, ainda com pertinência ao princípio da segurança, é notório que no Brasil enfrentamos grandes problemas quando o tema é acesso à informação.

Entretanto, mesmo que partamos da premissa de que a crise brasileira realmente tem a real dimensão oficialmente propagada, outra questão surge. O combate à (suposta) tamanha crise inicia-se com medidas substanciais. Uma crise de significativas proporções não se combate com medidas periféricas, que, embora imponham sacrifícios à sociedade, não são suficientes para fazer frente às ameaças implementadas pela crise. Nesse sentido, podemos nos perguntar, será realmente que uma refor-

ma trabalhista impactante como a realizada em 2017 deveria ter sido impulsionada de forma tão emergencial (procedimento de aprovação extremamente célere e sem um amplo debate social) como meio eficiente e suficiente para fazer frente à crise? Em outras palavras, será realmente que a crise brasileira tem no sistema de regulação das relações de trabalho uma de suas principais causas? Aqui, ousamos emitir um juízo pessoal, respeitando opiniões divergentes, para refutar responder negativamente a essa questão.

Reconhecemos que a legislação trabalhista brasileira precisava ser repensada em diversos aspectos. No início deste texto, inclusive, fizemos referência a uma crise teórica do direito do trabalho e à necessidade de que o direito do trabalho fosse reformulado, reconstruído em alguns de seus alicerces teóricos e postulados normativos. Entretanto, particularmente não conseguimos estabelecer uma conexão direta entre a crise institucional, econômica e política brasileira e o nosso direito do trabalho. *Logo, o combate à crise não deveria iniciar pelo direito do trabalho, mas pelas causas que atuam mais fortemente na geração da crise.* Não negamos, portanto, a necessidade de uma reforma, mas sim, questionamos a emergencialidade (e todos os problemas inerentes a isso) com que a mesma foi proposta. A crise brasileira existe, mas não tem nas relações de trabalho sua principal causa, o que retira a pertinência da reforma levada a cabo em 2017. Se esse raciocínio está correto, aqui já atuariam os princípios da vedação do retrocesso e da segurança jurídica como barreiras à legitimidade da reforma em tramitação.

Além disso, convém destacar que a suposta “rigidez” da legislação trabalhista brasileira, por alguns prolatada, que representaria um entrave à competitividade e a um maior desenvolvimento do setor produtivo, na verdade, compõe uma argumentação falaciosa, mesmo que parcialmente, em sua origem. O direito do trabalho brasileiro já apresentava, antes da reforma, uma série de instrumentos conformadores de direitos para fazer frente a situações de crise. Eram mecanismos que eventualmente permitiam atenuar sua essência protetiva em prol de uma razão ou necessidade econômica (empresarial) imperiosa. Eram instrumentos de utiliza-

ção excepcional, mas ainda sim, permanentemente disponibilizados aos atores laborais e produtivos para fazer frente às necessidades da produção. Enfim, mecanismos de conformação excepcional da essência protetiva juslaboral. Aqui poderíamos citar a própria negociação coletiva, que admitia situações pontuais de redução ou conformação de direitos (como redução de salários e “banco de horas”); regimes especiais de contratação a prazo determinado ou a tempo parcial; a suspensão contratual prevista no artigo 476-A da CLT; e a própria fragilidade histórica do sistema de proteção a despedidas, que já consagrava uma ampla liberdade resilitória às empresas.

Mas avancemos. Vamos supor que esse juízo recém-exposto é equívocado, que uma das principais causas da crise brasileira fosse o sistema regulatório das relações de trabalho no Brasil e que os mecanismos de conformação (flexibilização) que essa mesma legislação já previa eram insuficientes para fazer frente ao contexto de crise. Façamos um juízo ponderativo à reforma, iniciando pela verificação da necessidade.

Dentre os meios disponíveis, razoáveis e igualmente adequados para promover a necessária (supostamente) reforma trabalhista e modernização das relações de trabalho, esse meio escolhido pelo legislador (“prevalência do negociado sobre o legislado”) foi o menos restritivo aos direitos fundamentais trabalhistas? Nesse ponto, controversas à parte, é possível responder afirmativamente (assim como negativamente). Em tese, a ampliação do espaço para negociação coletiva não atinge, necessariamente, direitos sociais em seu núcleo essencial, não revoga os direitos fundamentais previstos na CLT, apenas permite que os mesmos sejam conformados diante de eventual negociação coletiva. O direito coletivo do trabalho é um dos pilares estruturais do direito do trabalho, uma de suas principais subdivisões, e tradicionalmente, em razão, principalmente, de uma relação historicamente paternalista do Estado brasileiro com a sociedade civil, foi negligenciado, distorcido em sua potencialidade, no direito do trabalho brasileiro. Em situações ideais, a valorização da negociação coletiva é uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito, na medida em

que promove a participação efetiva dos atores sociais na construção e instrumentalização de seus direitos.

Trata-se a negociação coletiva de um relevante instituto de direito do trabalho, que tem a potencialidade de instrumentalizar (de forma não exclusiva) os princípios da proteção de promoção da melhoria da condição social do trabalhador, especialmente naqueles aspectos em que o Estado se mostra incapaz ou insuficiente em fazê-lo. A valorização da negociação coletiva, da participação direta e da concertação social são manifestamente tendências universais do direito do trabalho, inclusive retratados (mesmo que timidamente) nos dispositivos constitucionais que dão forma ao que se deva considerar “trabalho decente” no Brasil.⁸ Ou seja, em tempos de crise e de necessária adequação da regulação das relações de trabalho – lembrando que estamos partindo da premissa de que essa crise é real – nada melhor do que buscar a promoção dessa adequação por meio da valorização de um instituto já consagrado e reconhecido pelo próprio direito do trabalho. *Mas não nos termos propostos*, e aqui podemos partir para o juízo ponderativo de indagação acerca da *adequação* do projeto de reforma da CLT.

A reforma trabalhista implantada, em relação à prevalência do negociado sobre o legislado, é um meio adequado para promover o estímulo à negociação coletiva e a modernização das relações de trabalho, à luz do direito do trabalho e de seus propósitos protetivos e promocionais da melhoria da condição social do trabalhador? Aqui, tendemos a responder negativamente. Afinal, é notória a crise de legitimidade que as representações sindicais brasileiras, genericamente falando (há, por óbvio, exceções), enfrentam desde a sua origem. Confessamos ter dúvidas sobre se o modelo de máxima liberdade recomendado pela OIT em seus documentos, em especial a Convenção (fundamental) 87 seria suficiente para suplantar essa crise histórica de legitimidade sindical, caso aplicado no Brasil. Mas, em que pese nossa reticência a essa questão, reconhecemos que se trata de *um parâmetro normativo inicial de legitimidade* e, nesse sentido, o modelo

⁸ Vide, por exemplo, artigo 7º, inciso XXVI e seu “reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos”.

sindical brasileiro em muitos aspectos distancia-se significativamente do modelo defendido pela OIT. Em suma, seja qual for o modelo de representação sindical a ser adotado no Brasil, uma coisa parece-nos certa: *uma reforma desse modelo sindical necessariamente deveria preceder qualquer medida de estímulo ou valorização maior da negociação coletiva*. E não foi isso que ocorreu.

Além disso, deve ser referido que historicamente no Brasil a negociação coletiva é um instituto extremamente carente de normas que estimulem a sua real valorização e otimização, situação não alterada pela reforma implementada em 2017. Aqui fazemos referência ao princípio da boa-fé, que, a rigor, enquanto princípio geral de direito regente das relações privadas (particularmente), já deveria ter sido consagrado como principal regente das negociações coletivas, independente de previsão legal expressa nesse sentido.

Como já deve ter sido percebido, estamos aqui invocando a noção de boa-fé objetiva que, ao consagrar obrigações anexas gerais ou *standards* de conduta a serem necessariamente observados por qualquer sujeito em suas relações jurídicas, tende a evidenciar, conforme expõe Uriarte (2011, p. 153-154), o estímulo a comportamentos baseados na confiança, na correção e na cooperação das partes. Ou ainda, parafraseando Simon e Ambesi (2010, p. 288), posturas de esforço sincero que visam à otimização do negócio jurídico em apreço.

Dentre tais posturas ou obrigações anexas naturalmente decorrentes da negociação coletiva, está o próprio dever da parte de não se recusar à negociação coletiva quando regularmente convocado, fazendo-o por meio de legítima representação; o dever de justificar os pleitos ofertados no processo negocial, que devem ser oportunos (celeridade nas propostas e contrapropostas), razoáveis ou plausíveis, bem como legítimos (ou seja, respeitando os reais anseios da base representada); o dever de informar e de manter sigilo sobre as informações repassadas nessas condições, pois, nas palavras de Ojeda Avilés (2014, p. 431), um fluxo informacional sem ruídos em um processo negocial é um instrumento capaz de desarticlar psicologicamente um conflito. Enfim, obrigações que não impõem às

partes uma obrigação de convergência ou de contratação, mas que visam o aprimoramento do processo negocial, tornando-o mais leal e legítimo e, nesses termos, supostamente com maiores chances para que o fim a que se propõe seja atingido (qual seja, a composição do conflito e a concertação normativa coletiva). A reforma de 2017, entretanto, passou ao largo dessas importantes questões.

Por fim, chegaríamos ao juízo de *proporcionalidade em sentido estrito*, verificando se as vantagens eventualmente obtidas com a implementação da atual proposta de reforma superariam as eventuais desvantagens por ela mesma criadas. Aqui, caso sigamos o raciocínio até então desenvolvido, seja pela *questionável pertinência* da atual proposta de reforma, seja pela sua *inadequação aos fins* a que propõe consolidar, a resposta tenderá a ser negativa.

Considerações finais

Já encaminhando este texto à sua conclusão, novamente resgatamos um clássico do direito do trabalho, Deveali, que em sua obra propôs a criação de uma “ciência da legislação laboral”. Para o autor, a ciência da legislação laboral seria uma importante ferramenta ao direito do trabalho na medida em que se proporia à estipulação de postulados gerais ou princípios que pudessem guiar a ação do Estado na criação normativa em matéria social, objetivando “um máximo de benefícios com um mínimo de sacrifícios” (Deveali, 1953, p. 98). Em outras palavras, diretrizes otimizadoras que deveriam guiar a política jurídica social (e conseqüentemente juslaboral).

Dentre os princípios ou diretrizes propostas pelo Deveali, destacamos aqui, pela pertinência ao tema deste texto, *o princípio da progressão racional*. Segundo esse princípio, as demandas sociais são infinitas, mas não necessariamente se apresentam com o mesmo grau de urgência. Considerando que os recursos e possibilidades do legislador social são invariavelmente escassos, surge o postulado segundo o qual na realização de qualquer programa de legislação social deve ser dada preferência ao que é realmente necessário em detrimento ao que é apenas útil; além disso, nos casos de alterações que se condicionam reciprocamente, há de ser dada preferência à

alteração que for mais elementar (Deveali, 1953, p. 111-112). Em que pese essa diretriz ter sido proposta nos anos 50 do século passado, não há como se deixar de ser percebida a pertinência ao tema que estamos enfrentando: uma proposta que amplia o espaço para um alto grau de sacrifícios a direitos sociais para fazer frente a uma crise que, mesmo aparentando gravidade, não tem nas relações de trabalho uma de suas causas substanciais, sendo, portanto, questionável quanto ao momento de sua propositura. Além disso, mesmo que se discorde dessa conclusão, que se entenda necessária uma reforma imediata da legislação laboral, parece-nos inegável que a ampliação do espaço negocial não deveria preceder uma reforma na organização sindical, nem ser desvinculada de uma normatização otimizadora do processo negocial, baseada no princípio da boa-fé.

Em suma, para Deveali (1953, p. 127-129), o legislador social deve, antes de mais nada, mensurar a proporcionalidade entre benefícios e sacrifícios oriundos de suas ações legiferantes. Também segundo o autor (valendo-se de uma sutileza ímpar) deve o legislador social promover a *sinceridade das leis laborais*, evitando a criação de normas que prometem algo que manifestamente não tem condições de cumprir (Deveali, 1953, p. 138). Seria, nesse sentido, esta reforma de 2017 uma lei insincera? Finalizemos com esta reflexão.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CÉSAR SIMON, Julio J.; AMBESI, Leonardo. Las obligaciones de negociar y de buena fe en la negociación colectiva. In: FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos (dir.). *Derecho del trabajo: doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2010

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DEVEALI, Mario L. *Lineamentos de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

GENRO, Tarso. Um futuro por armar. *Revista Democracia & Mundo do Trabalho*, Porto Alegre, n. 2, p. 38-63, nov. 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.

LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I.

MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

MUÑOZ RAMON, Roberto. *Derecho del trabajo: teoría fundamental*. México: Editorial Porrúa, 1976.

OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o *Welfare State* keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 01, p. 29-51, 1983.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O Estado e Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 15, set./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel>. Acesso em: 12 mar. 2017.

IRURETA URIARTE, Pedro. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Revista Ius et praxis*, ano 17, n. 2, p. 133-188, 2011.

A REFORMA TRABALHISTA DE 2017 E A PRESCRIÇÃO

Rodrigo Coimbra*

O presente texto trata do tema da Reforma Trabalhista de 2017, promovida pela Lei n. 13.467/17, tendo por delimitação do tema a prescrição no Direito do Trabalho com a nova redação dos artigos 11 e 11-A da CLT

Trata-se de tema complexo e relevante que perpassa a segurança jurídica e a efetividade das pretensões decorrentes das relações do trabalho.

O presente artigo visa a apresentar, esclarecer, fazer conexões e projeções sobre a prescrição na Reforma Trabalhista de 2017.

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em três partes, sendo a última subdividida em quatro. Inicia-se pela contextualização da prescrição na CLT antes e depois da Lei n. 13.467/1, abordando: a) a regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas e o início da contagem (artigo 11, *caput*, da CLT); b) prescrição total e parcial (artigo 11, § 2º, da CLT); c) interrupção da contagem dos prazos prescricionais (artigo 11, § 3º, da CLT); d) prescrição intercorrente (artigo 11-A da CLT).

Como método científico de abordagem do assunto será utilizado o método dedutivo, que é aquele cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, do qual se chega a um consequente menos universal, inferir e concluir ao final. A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.

* Pós-doutor, doutor e mestre em Direito. Professor de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UFRGS. Advogado. E-mail: rodrigo.coimbra@terra.com.br.

A prescrição na CLT antes e depois da Lei n. 13.467/17

Texto atual (Lei n. 13.467/17)	Texto original
<p>Artigo 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.</p> <p>I – (revogado);</p> <p>II – (revogado).</p> <p>.....</p> <p>§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.</p> <p>§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos. (NR)</p>	<p>Artigo 11 – O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: (Redação dada pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998)</p> <p>I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (Incluído pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional n. 28 de 25.5.2000)</p> <p>II – em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural. (Incluído pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998) (Vide Emenda Constitucional n. 28 de 25.5.2000)</p> <p>§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998)</p>
<p>Artigo 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.</p> <p>§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.</p> <p>§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.</p>	<p><i>Sem correlação na CLT</i></p>

Regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas: início da contagem (artigo 11, caput, da CLT)

A Consolidação das Leis do Trabalho dispôs, na sua redação original de 1943, que “não havendo disposição legal em sentido contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988 a regra geral do prazo prescricional para a tutela das pretensões trabalhistas foi de dois anos, contados do ajuizamento da ação.

Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 os movimentos ligados aos trabalhadores e sindicatos de trabalhadores trabalharam para ampliar esse prazo para cinco anos, de modo que se equiparasse ao prazo prescricional das prestações de serviço em geral que na época era de cinco anos. O movimento de centro-direita conhecido por “Centrão” colocou como condição para aceitar essa ampliação de 150 % do prazo prescricional das pretensões trabalhistas individuais (de dois para cinco anos), que as ações trabalhistas deveriam ser ajuizadas dentro de dois anos da extinção do contrato, o que acabou resultando na redação original do inciso XXIX, do artigo 7º da Constituição de 1988 que contempla esses dois prazos sucessivamente para os trabalhadores urbanos. A redação original desse dispositivo constitucional distinguia o prazo prescricional entre trabalhadores urbanos e rurais. Para os trabalhadores urbanos o prazo era de cinco anos, desde ajuizada a ação em dois após a extinção do contrato de trabalho e para os rurais o prazo prescricional era apenas de até dois anos contados da extinção contratual (não havia prescrição quinquenal para o trabalhador rural).

A nova redação do *caput* do artigo 11 da CLT além de alterar a terminologia anterior sobre o objeto da prescrição, revogou o incisos I e II acompanhando seus conteúdos no próprio *caput*, ficando muito próxima da redação do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, com a alteração realizada pela EC n. 28/2000, que equiparou a prescrição dos trabalha-

dores rurais com a prescrição dos trabalhadores urbanos, cujo texto é o que segue:

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

[...]

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 28, de 25 maio 2000).

A Lei n. 13.467/17 perdeu a oportunidade de esclarecer na redação de qual momento inicia a contagem do quinquenal. A nova redação do *caput* do artigo 11 da CLT segue referindo (assim como artigo 7º, XXIX da Constituição Federal) que os dois anos são contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, mas continua sem indicar o início da contagem da prescrição quinquenal.

De acordo com a Súmula 308, I, do TST, o prazo de 5 (cinco) anos é contado da data de ajuizamento da ação trabalhista, veja-se:

Súmula 308 PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 204 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005).

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Em síntese, há dois prazos prescricionais que incidem sobre as pretensões trabalhistas e ambos os prazos devem ser observados, sucessivamente: a) dois anos, contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, conforme disposição legal expressa; b) cinco anos, contados da data de ajuizamento da ação trabalhista, conforme disposto na Súmula 308, I, do TST.

Note-se que a prescrição bienal só incide sobre contratos de trabalho extintos. Nas ações ajuizadas com a permanência do empregado trabalhando (contratos que continuam em vigor) não incide prescrição bienal, apenas a quinquenal.

Observe-se, ainda, que a prescrição bienal começa a fluir da data do término do aviso prévio, tendo em vista que o período do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos jurídicos, inclusive para fins de contagem do tempo de serviço (artigo 487, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho). Em outras palavras: embora o desligamento de fato do trabalhador seja na data em que for comunicado, a relação jurídica se projeta, para todos os efeitos jurídicos, até a data final do aviso prévio.

Nesse sentido, é o entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio das OJs 82 e 83 da SDI-1 do TST:

82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997). A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

83. AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997). A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Artigo 487, § 1º, da CLT.

Assim, o prazo prescricional de dois anos inicia na data do término do aviso prévio do empregado, trabalhado ou indenizado.

No que tange ao início da contagem do prazo prescricional de períodos descontínuos de trabalho, da extinção do último contrato de trabalho é que começa a fluir o prazo prescricional da pretensão de somar períodos descontínuos de trabalho (Súmula 156 do TST).¹

Em se tratando de acidente de trabalho o prazo prescricional a ser aplicado depende do momento da ocorrência do acidente de trabalho: A) caso tenha ocorrido em momento posterior à vigência da EC n.

¹ Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 156: “Da extinção do último contrato começa a fluir o prazo prescricional do direito de ação em que se objetiva a soma de períodos descontínuos de trabalho”.

45/2004 (publicada em 31/12/2004), a prescrição a ser aplicada é a trabalhista, prevista no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal; B) Caso tenha ocorrido antes da vigência da EC n. 45/2004 (publicada em 31/12/2004), incide o prazo prescricional de 3 anos, previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, observada a regra de transição do artigo 2.028 do Código Civil, quando for o caso.²

Nesse quadrante, é o disposto na Súmula 91 do TST.

Súmula 91. PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA A ELE EQUIPARADA. Resolução Administrativa n. 27/2016. Disponibilizada no DEJT dos dias 29 e 30.06.2016 e 01.07.2016.

Aplica-se o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal à pretensão de pagamento de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente do trabalho ou de doença a ele equiparada ocorridos após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A contagem do prazo prescricional na pretensão de indenização nos casos de acidente do trabalho e doença profissional inicia com a ciência inequívoca do trabalhador acerca da consolidação das lesões. Nesse sentido, a Súmula n. 230 do STF estabelece que a prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade. No mesmo norte, a Súmula n. 278 do STJ diz que o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Sobre a matéria vale referir o entendimento firmado pelo TST sobre a matéria:

OJ 375 da SBDI – I. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença

² Consoante a regra de transição prevista no artigo 2.028 do atual Código Civil, não transcorrida mais da metade do prazo prescricional de 20 anos, a partir de sua vigência (12 jan. 2003), aplica-se a prescrição trienal do artigo 206, 3º, do referido diploma legal.

ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao judiciário.

Prescrição total e parcial (artigo 11, § 2º, da CLT)

O § 2º do artigo 11 trata do tema da prescrição total e prescrição parcial, envolvendo prestações sucessivas.

A problemática da prescrição das prestações sucessivas há muito tempo inquieta e divide os operadores do processo do trabalho. Ao longo do tempo a matéria foi objeto de um Prejulgado (48) e de três súmulas do TST: 168, 198 e 294.

A Reforma Trabalhista de 2017 incorpora o entendimento da Súmula 294 ao artigo 11, § 2º, da CLT.

A matéria tem como elemento central a distinção de efeitos dos atos nulos e dos atos anuláveis.

Veja-se o caminhar da matéria:

- a) O Tribunal Superior do Trabalho por meio do prejulgado³ 48 firmou entendimento de que “na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina” (Vilhena, 1977).
- b) Esse prejulgado foi mantido integralmente pela Súmula 168 do TST (DJ 11.10.1982) e se baseava no entendimento doutrinário capitaneado por Délio Maranhão, segundo o qual as alterações contratuais lesivas geram nulidade, independente da natureza da verba trabalhista objeto da lesão, incidindo o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho que confere pena de nulidade

³ Os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho são as primeiras sistematizações da jurisprudência dominante no âmbito da Justiça do Trabalho e, diferentemente das atuais Súmulas e Orientações Jurisprudenciais que não obrigam sua observância pelos juízes das instâncias inferiores, por força do artigo 902, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), os prejulgados tinham efeito vinculante sobre as instâncias inferiores, até que o Supremo Tribunal Federal considerou a referida norma revogada, a partir da Constituição de 1946.

plena para as alterações realizadas ao longo do contrato de trabalho sem o consentimento do empregado e/ou que lhe causem prejuízos de forma direta ou indireta (Maranhão, 2002).

Assim, de acordo com o entendimento da Súmula 168 do TST as lesões de parcelas sucessivas, de origem contratual ou legal, tinham apenas prescrição parcial, ou seja, a prescrição contava-se da parcela em si.

c) Em 1985 o Tribunal Superior do Trabalho introduziu o conceito de “ato único do empregador”, determinando que a prescrição, nesse caso, seria total e que, nos demais, seria parcial. Veja-se:

Súmula n. 198 (DJ 01.04.1985). Na lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.

Ocorre que todas as alterações de contrato de trabalho decorrem de “ato único do empregador” e, como consequência, o empregado deveria entrar com a ação contra seu empregador no curso do contrato de trabalho em vigor a fim de que eventuais lesões não prescrevessem.

Do contrário, passados cinco anos da lesão causada por “ato único do empregado” toda pretensão estaria prescrita (por isso a posterior expressão “prescrição total”). Isso é muito difícil num contexto em que não há garantia de emprego e que, com muita probabilidade, o empregado seria despedido se demandasse em juízo contra seu empregador, no curso da relação de emprego.

d) Em abril de 1989, no contexto logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que inovou no que tange aos prazos prescricionais trabalhistas, aumentando-o 150 %, de 2 para 5 anos –, bem como pela pressão que sofria pela criação da categoria “ato único do empregador”, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou as Súmulas 168 e 198 e editou a Súmula 294, baseada na distinção entre ato nulo e ato anulável capitaneada por Orlando Gomes (1986), com a seguinte redação:

Súmula 294. PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Gomes (1986) defendia que a aplicação da teoria das nulidades do Direito Civil ao Direito do Trabalho, segundo a qual o tipo de invalidade do ato jurídico (nulidade absoluta, relativa e anulabilidade) depende da natureza do direito violado, destacando que:

[...] se os atos nulos estivessem excluídos do âmbito da regra estabelecida no artigo 11, teria a Consolidação consagrado um preceito ocioso, pois, a prevalecer o entendimento de que nulo todo ato infringente de lei imperativo, dominaria a regra da imprescritibilidade, eis que as disposições trabalhistas têm essa natureza. Por outro lado, o artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho não autoriza, para efeito de prescrição, a distinção entre atos nulos e anuláveis mas, ao contrário, deixa bem claro o propósito de cobrir com a prescrição todos os atos infringentes das suas disposições.

Após essas considerações, podemos sistematizar as seguintes conclusões: a) não há que se falar em prescritibilidade ou não dos atos nulos, mas sim da prescritibilidade do direito de ação que vise anular os efeitos dos atos supostamente nulos; b) pela falta de previsão expressa, eis que o disposto nos artigos 794 a 798 da Consolidação das Leis do Trabalho refere-se apenas às nulidades processuais, deve ser aplicada, no Direito do Trabalho, a teoria das nulidades do direito comum.

A Súmula 294 do TST chegou a uma espécie de ponto médio, entendendo que se a lesão for relacionada com parcela de natureza contratual e o empregado não demandar o empregador mesmo no curso da relação de emprego, haverá prescrição total. Se a lesão decorrer de afronta a dispositivo legal, a prescrição será parcial, ou seja, dentro do prazo não abrangido pela prescrição, as diferenças serão devidas, mesmo que a lesão original tivesse ocorrido em período anterior. Isso ocorre porque a lesão se renovaria mês a mês e adentraria dentro do período não abrangido pela prescrição.

Baseado nas normas de Direito Civil (diferentemente de Délio Maranhão que construiu sua tese sob o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme acima referido), Orlando Gomes sustentava que o tipo de invalidade do ato jurídico depende da natureza (origem) da estipulação da prestação trabalhista.

- a) *Prescrição total*: as lesões sobre prestações de origem contratual – estabelecidas originariamente por pacto entre os sujeitos, em contrato individual de trabalho, por exemplo – geram anulabilidade⁴ do ato e sobre as respectivas pretensões incide prescrição total, cuja fluência do prazo prescricional quinquenal inicia na data de lesão.

Dito de outro modo, a lesão sobre parcelas que não tenham origem legal enseja prescrição total, que inicia a contar no instante da lesão e se consuma em cinco anos (Delgado, 2006).

Em consequência, as pretensões de origem não legal decorrentes de lesões que ocorreram a mais de cinco anos do ajuizamento da ação ficam totalmente prescritas.

São anuláveis os atos que exigem atitude da parte interessada. Nessa linha, o raciocínio externado é o seguinte: nas lesões sobre prestações de origem contratual o empregado deverá ajuizar a ação no curso do contrato de trabalho, para não ter fulminadas suas pretensões sobre créditos decorrentes das relações de trabalho.

Seguem, a seguir, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho sobre pretensões sujeitas a prescrição total (supressão ou alteração de comissões, supressão de realização e de pagamento de horas extras, diferenças salariais resultantes de planos econômicos, horas extras pré-contratadas):

OJ-SDI1-175. Comissões. Alteração ou Supressão. Prescrição total (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial n. 248 da SBDI-I) – DJ 22.11.2005.

A supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a

⁴ O ato anulável exige a manifestação expressa da parte interessada e o nulo não.

prescrição total da ação, nos termos da Súmula n. 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei.

OJ-SDI1-242. PRESCRIÇÃO TOTAL. HORAS EXTRAS. ADICIONAL. INCORPORAÇÃO (inserida em 20.06.2001)

Embora haja previsão legal para o direito à hora extra, inexistente previsão para a incorporação ao salário do respectivo adicional, razão pela qual deve incidir a prescrição total.

OJ-SDI1-243. PRESCRIÇÃO TOTAL. PLANOS ECONÔMICOS (inserida em 20.06.2001)

Aplicável a prescrição total sobre o direito de reclamar diferenças salariais resultantes de planos econômicos.

SUMULA 199. BANCÁRIO. PRÉ-CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 48 e 63 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50 % (cinquenta por cento), as quais não configuram pré-contratação, se pactuadas após a admissão do bancário (ex-Súmula n. 199 – alterada pela Res. 41/1995, DJ 21.02.1995 – e ex-OJ n. 48 da SBDI-I – inserida em 25.11.1996)

II – Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas (ex-OJ n. 63 da SBDI-I – inserida em 14.03.1994).

SÚMULA 275. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 144 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

[...]

II – Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado (ex-OJ n. 144 da SBDI-I – inserida em 27.11.1998).

- b) *Prescrição parcial*: as lesões sobre prestações sucessivas estipuladas originariamente em lei (“preceito de lei” é a expressão do artigo 11, § 2º, da CLT), geram nulidade do ato e, portanto, sobre as respec-

tivas pretensões incide prescrição parcial, e nesse caso a fluência da prescrição incide sobre a data de vencimento (inadimplemento) de cada uma das prestações periódicas e não da data de lesão.

Uma das consequências do caráter protetivo do Direito do Trabalho é ter o empregador os deveres oriundos do contrato de trabalho, mesmo quando há nulidade. Embora nulo o contrato individual de trabalho, se o trabalho foi prestado, tem de ser retribuído como se válido fosse, já ensinava Pontes de Miranda (1964).

Delgado (2006) chama a atenção que “tem ganhado prestígio na jurisprudência a interpretação *ampla* da expressão ‘preceito de lei’ da Súmula 294, como se correspondesse a ‘lei em sentido lato’, isto é, *norma jurídica*”. Prevalendo esse entendimento aumentariam os casos de incidência de prescrição total, que se aplicaria sobre as verbas estabelecidas em acordos coletivos, convenções coletivas e sentença normativa.

Por se tratar de uma prestação devida sucessivamente com origem legal o ato de supressão é nulo e a fluência da prescrição quinquenal é renovada a cada novo mês em que houve o inadimplemento da prestação.

Nesse caso, ainda que a ação trabalhista seja ajuizada após dez anos do ato de supressão (lesão), por exemplo, para fins de verificação da prescrição contar-se-á cinco anos do ajuizamento da ação (Súmula 308, I, do TST) e desde que ajuizada dentro de dois anos da extinção do contrato (para casos de contratos de trabalho extintos) haverá prestações periódicas não atingidas pela prescrição.

Assim, mesmo que o ato do empregador, considerado lesivo pelo empregado, tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação, a fluência do prazo prescricional é renovada periodicamente, de forma sucessiva, a cada pagamento incorreto das verbas de origem contratual, adentrando no período não prescrito.

Com isso, as prestações de origem legal cujo inadimplemento é renovado mês a mês, projetam-se para dentro do período não prescrito (últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação), mesmo que a lesão (início do inadimplemento) tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

Em síntese, o critério utilizado pelo artigo 11, § 2º, da CLT para distinguir prescrição total e prescrição parcial é a origem da parcela pretendida: legal ou contratual.

Seguem, a seguir, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho sobre pretensões sujeitas a prescrição parcial (equiparação salarial, desvio de função, diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado, diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa):

SÚMULA 6. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ARTIGO 461 DA CLT.

[...]

IX – Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula n. 274 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

SÚMULA 275. PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 144 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I – Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento (ex-Súmula n. 275 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

SÚMULA 373. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. CONGELAMENTO. PRESCRIÇÃO PARCIAL (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 46 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Tratando-se de pedido de diferença de gratificação semestral que teve seu valor congelado, a prescrição aplicável é a parcial (ex-OJ n. 46 da SBDI-I – inserida em 29.03.1996).

SÚMULA 452. DIFERENÇAS SALARIAIS. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. DESCUMPRIMENTO. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 404 da SBDI-I) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em

Plano de Cargos e Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é sucessiva e se renova mês a mês.

Interrupção da contagem dos prazos prescricionais (artigo 11, § 3º, da CLT)

O § 3º do artigo 11 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/17, trata da interrupção da prescrição por ajuizamento de reclamatória trabalhista e os efeitos com relação aos pedidos. A matéria já estava tratada na Súmula 268, TST. Na redação original (Resolução do TST 1/1988, DJ 01, 02 e 03.03.1988), o TST entendia que a prescrição era interrompida pela reclamatória trabalhista, ainda que arquivada, em relação a todos os pedidos. Posteriormente (Resolução do TST 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003), passou a entender que somente interrompia a prescrição em relação aos mesmos pedidos. O texto da Súmula é o seguinte:

Súmula n. 268 do TST. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

A Reforma Trabalhista de 2017 acrescenta o entendimento da Súmula 268 do TST e faz algumas correções. Troca a expressão “ainda que arquivada” por “ainda que venha a ser extinta sem resolução de mérito”, que é mais técnica e de acordo com a sistemática do CPC/2015. Também faz referência expressa à circunstância de que a prescrição é interrompida por ação ajuizada em juízo ainda que incompetente, nos termos do artigo 202, I, do Código Civil e artigo 240, § 1º, do CPC.

Prescrição intercorrente (artigo 11-A da CLT)

O artigo 11-A da CLT insere expressamente na legislação trabalhista a prescrição intercorrente.

Prescrição intercorrente é a perda endoprocessual da pretensão, ou seja, trata-se da prescrição que ocorre no curso do processo e decorre da inércia da parte interessada em satisfazer, na fase de execução, os direitos concedidos na sentença, por isso distinta da prescrição em geral que deve ser declarada na fase de conhecimento que decorre da inércia da parte interessada em ajuizar a ação (Chaves, 2009; Leite, 2011; Giglio, 1994; Barros, 1994).

Com a Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

Não havia dispositivo expresso sobre o tema no Direito do Trabalho, havendo grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

O STF tem uma antiga súmula (de 1963, portanto anterior às Constituições de 1967 e 1988) admitindo a compatibilidade da prescrição intercorrente com o Direito do Trabalho:

Súmula 327 do STF – O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente.

Embora não tenha sido cancelada, a Súmula 327 do STF estava em desuso.

O TST firmou entendimento contrário, pela inaplicabilidade de prescrição intercorrente no Direito do Trabalho. Esse é o posicionamento do TST, na Súmula, 114:

Súmula 114 do TST – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Em um primeiro momento, houve tentativa de compatibilizar os entendimentos aparentemente antagônicos, entre a súmula do STF e a súmula do TST. O argumento era de que a prescrição intercorrente não seria aplicada se os atos de execução dependessem do Juiz e seria aplicada se os atos de execução dependessem da parte. Entretanto, o TST reafirmou sua posição no sentido da vigência da Súmula 114.

Nessa linha é o entendimento adotado pela IN 39/TST – 2016, artigo 2º, VIII, pela não aplicação dos artigos 921, §§ 4º e 5º, e 924, V, do CPC/2015, que tratam da prescrição intercorrente no Processo Civil.

Entretanto, a Reforma Trabalhista de 2017 traz um posicionamento diametralmente oposto ao adotado ao TST até então (Súmula 114 do TST e IN 39/TST – 2016, artigo 2º, VIII), ao revogar expressamente o artigo 878 da CLT, que dava poderes de promover a execução de ofício por parte do Juiz do Trabalho em todas as ações e determinar que ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos (artigo 11-A).

A Reforma Trabalhista de 2017 mantém os poderes do Juiz apenas para promover a execução de ofício na hipótese de o reclamante não ter advogado regularmente constituído no processo (conhecido por *jus postulandi*), conforme a redação dada ao artigo 878 da CLT pela Lei n. 13.467/17. Nesse caso excepcional, então, em tese, não haverá prescrição intercorrente.

Esta era a redação do artigo 878, da CLT, originalmente, antes da Lei n. 13.467/17:

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

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

A nova redação do artigo 878, da CLT, dada pela Lei n. 13.467/17, é a que segue:

Artigo 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

A mudança da redação do artigo 878 da CLT, pela Lei n. 13.467/17, ao alterar o princípio de impulso de ofício da execução pelo juiz traba-

lhista, que era um dos diferenciais do processo do trabalho em relação ao processo civil, permitiu ao legislador da Reforma Trabalhista de 2017 incluir o artigo 11-A na CLT, estabelecendo a prescrição intercorrente.

Aqui resta evidenciado que a Reforma Trabalhista de 2017 é sistemática, profunda e complexa.

Por ser possível até a Lei n. 13.467/17 que o Juiz do Trabalho prosseguisse de ofício com a execução, firmou-se o entendimento de que não há prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho (Súmula 114 do TST). Sempre estaria presente o intuito de perseguir a satisfação do credor, por expressa disposição de norma de ordem pública (antiga redação do artigo 878 da CLT), que protegia o interesse de um crédito de natureza alimentar e uma parte que, em regra, é hipossuficiente.

Outro argumento seria o de que a prescrição intercorrente declarada na execução violaria a coisa julgada material, que reconheceu a existência da dívida, o que afronta o artigo 5º XXXVI, da Constituição, assim como a norma constitucional que disciplina a prescrição trabalhista (artigo 7º, XXIX).

Esses argumentos, de acordo com a Reforma Trabalhista de 2017, passam a ser válidos somente para os casos em que a parte não tenha advogado constituído nos autos (*jus postulandi*).

O entendimento adotado pelo artigo 11-A da CLT de aplicar a prescrição intercorrente no Direito do Trabalho está alinhado com a Lei n. 11.051/2004, que alterou o parágrafo 4º do artigo 40 da Lei n. 6.830/80 (Lei de Executivos Fiscais, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho por força do artigo 889, da CLT) para permitir a declaração de ofício da prescrição intercorrente se após um ano da determinação do arquivamento dos autos por impossibilidade de prosseguimento da execução, o autor não se manifestar.

O problema é que esse dispositivo se aplica aos créditos que a Fazenda Pública executa contra particulares, mas não a créditos de natureza privada. No Processo do Trabalho, por exemplo, não tem sentido a determinação de manifestação da fazenda pública prevista no mencionado § 4º, por se tratar de execução de crédito de natureza privada.

Com a Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução (artigo 11 – A, § 1º, CLT) e a declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição (artigo 11 – A, § 2º, CLT).

Signale-se que a declaração da prescrição de ofício deve respeitar o disposto no artigo 487, parágrafo único do CPC, que determina que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, sendo vedada a decisão surpresa.

Considerações finais

A Reforma Trabalhista de 2017, realizada por meio da Lei n. 13.467/17, revogou, inseriu e/ou modificou mais de 100 artigos da CLT.

Trata-se de reforma sistemática, profunda e complexa.

No que concerne à prescrição, matéria da reforma, objeto do presente estudo, passa-se a tecer as seguintes considerações finais.

A nova redação dada pela Lei n. 13.467/17 ao artigo 11 da CLT (artigo 11) avançou no sentido técnico, terminológico e de adequação à evolução histórica da matéria ao dispor que prescreve a “pretensão” dos créditos das relações de trabalho, não mais do “direito” como constava na redação original de 1943, nem do “direito de ação” como na redação pela Lei n. 9.658/98.

Quanto à regra geral dos prazos prescricionais trabalhistas, a reforma manteve os dois prazos prescricionais que sucessivamente incidem sobre as pretensões de créditos trabalhistas: a) dois anos, contados da data de extinção (término) do contrato de trabalho, conforme disposição legal expressa; b) cinco anos, contados da data de ajuizamento da ação trabalhista, conforme disposto na Súmula 308, I, do TST.

Uma das novidades da Lei n. 13.467/17 é a previsão da prescrição total e prescrição parcial no âmbito da CLT, incorporando o conteúdo da Súmula 294 do TST ao artigo § 2º do artigo 11. Trata-se de matéria complexa que tem como ponto central a distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável.

O critério utilizado pelo artigo 11, § 2º, da CLT para distinguir prescrição total e prescrição parcial é a origem da parcela pretendida: legal ou contratual.

As lesões sobre prestações sucessivas que possuam origem contratual – estabelecidas originariamente por pacto entre os sujeitos, em contrato individual de trabalho por exemplo – geram anulabilidade do ato e sobre as respectivas pretensões incide prescrição total, cuja fluência inicia a contar no instante da lesão e se consuma em cinco anos. Em consequência, as pretensões sucessivas de origem não legal decorrentes de lesões que ocorreram a mais de cinco anos do ajuizamento da ação ficam totalmente prescritas.

As lesões sobre prestações sucessivas estipuladas originariamente em lei (“preceito de lei” é a expressão do artigo 11, § 2º, da CLT) geram nulidade do ato, e, portanto, sobre as respectivas pretensões incide prescrição parcial.

Nesse caso, a fluência da prescrição incide sobre a data de vencimento (inadimplemento) de cada uma das prestações periódicas (e não da data de lesão), renovando-se a cada novo mês em que houver o inadimplemento da prestação (a cada pagamento incorreto) a fluência da prescrição quinquenal, salvando os últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação, mesmo que o início da lesão sucessiva tenha ocorrido há mais de cinco anos do ajuizamento da ação.

Caso prevaleça uma interpretação ampla da expressão “preceito de lei” (utilizada pelo artigo 11, § 2º, da CLT na esteira da Súmula 294 do TST), como “norma jurídica”, poderá haver incidência de prescrição total sobre as verbas estabelecidas em acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas.

O § 3º do artigo 11 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/17, trata da interrupção da prescrição por ajuizamento de reclamatória trabalhista e seus efeitos. Incorpora o entendimento da Súmula 268 do TST e faz algumas correções. Troca a expressão “ainda que arquivada” por “ainda que venha a ser extinta sem resolução de mérito”, que é mais técnica e de acordo com a sistemática do CPC/2015. Também faz referência expressa à circunstância de que a prescrição é interrompida por ação ajuizada em juízo ainda que incompetente, nos termos do artigo 202, I, do Código Civil e artigo 240, § 1º, do CPC.

O artigo 11 – A da CLT, criado pela Lei n. 13.467/17, insere expressamente na legislação trabalhista a prescrição intercorrente. Trata-se da prescrição que ocorre no curso do processo e decorre da inércia da parte interessada em satisfazer, na fase de execução, os direitos concedidos na sentença. Pela Reforma Trabalhista de 2017 a prescrição intercorrente poderá ser declarada nos processos trabalhistas em que a parte permanecer inerte no prazo de dois anos.

Essa disposição celetista colide adotado pelo TST na Súmula 114 e na IN 39/2016, artigo 2º, VIII. Adotou o entendimento da Súmula 327 do STF (de 1963, portanto anterior às Constituições de 1967 e 1988), que não foi cancelada embora estivesse em desuso.

Para conseguir promover essa mudança a Lei n. 13.467/17 revogou expressamente o artigo 878 da CLT, que dava poderes de promover a execução de ofício por parte do Juiz do Trabalho em todas as ações. Tratava-se do princípio de impulso de ofício da execução pelo juiz trabalhista, que era um dos diferenciais do processo do trabalho em relação ao processo civil.

A Reforma Trabalhista de 2017 mantém os poderes do Juiz apenas para promover a execução de ofício na hipótese de o reclamante não ter advogado regularmente constituído no processo (conhecido por *jus postulandi*), conforme a redação dada ao artigo 878 da CLT pela Lei n. 13.467/17. Nesse caso excepcional, então, em tese, não incidirá prescrição intercorrente.

A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução (artigo 11 – A, § 1º, CLT) e a declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição (artigo 11 – A, § 2º, CLT).

Sinale-se que a declaração da prescrição de ofício deve respeitar o disposto no artigo 487, parágrafo único do CPC, que determina que a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se, sendo vedada a decisão surpresa.

O tema tratado no presente artigo é complexo e certamente será objeto de muitas discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais. Esse debate é necessário. Os reflexos dessa matéria são muito extensos e perpassam a segurança jurídica e a efetividade das pretensões decorrentes das relações de trabalho.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista. *In*: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* – Estudos em memória de Célio Goyatá. 2.ed. São Paulo: LTr, 1994, v. 1.

CHAVES, Luciano Athayde. Prescrição e decadência. *In*: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 1994.

GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, v. 47.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as Súmulas e o TST. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 14, n. 5, p. 83-100, jul./set. de 1977.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: DOS DESENHOS ÀS GARATUJAS

Daniele Gabrich Gueiros*

Longo, dinâmico e conflituoso foi o percurso histórico do reconhecimento da desigualdade substancial entre os sujeitos do contrato de trabalho, institucionalizado em diferentes ordenamentos estatais e no plano internacional (a exemplo da Organização Internacional do Trabalho – OIT, convenções e recomendações, constituições, normativas trabalhistas).

Com Polanyi (2000), entendemos que a relação de mercado não é uma relação social natural, mas um espaço de trocas de mercadorias, de compra e venda que por motivos sociais, políticos e econômicos passou a ser a forma econômica dominante após a Revolução Industrial. Nos anos 1940, portanto sem ter conhecido o neoliberalismo, contrapunha as relações de mercado às relações sociais, advertia que aquelas têm a tendência em se expandir sem limites, com potencial destruidor da natureza, das pessoas se não for limitado pelo poder político (Polanyi, 1947 e 2000, p. 89-98). Suas reflexões se mantêm importantes para a compreensão da sociedade contemporânea: além da desnaturalização do mercado, a ideia de trabalho, terra e dinheiro como mercadorias fictícias.

Adotamos concepção de que as instituições trabalhistas têm caráter ambivalente, constitutiva do mercado e protetora do trabalhador (Polanyi, 1947 e 2000, p. 89-98; Silva; Figueira, 2013; Cardoso; Lage,

* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora Assistente de Prática Jurídica Trabalhista da FND-UFRJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT.

p. 161; Correias, 2013, p. 191).¹ Isso porque o trabalho (mercadoria fictícia), a força de trabalho, não se separa da pessoa do trabalhador (assim como a terra e o dinheiro, o ser humano não é produzido para a venda, mas transformado em mercadoria com preço).² O Direito do Trabalho, ao mesmo tempo em que é elemento de reprodução do capitalismo, ao assegurar direitos/condições para troca trabalho x salário “reduz a disparidade de poder entre capital e trabalho no mercado: ele ‘desmercantiliza’ a força de trabalho”, porque parte seu valor será decidido pela política, “como já se insinuou, o direito penetra as relações privadas, impedindo o império da lei do mais forte” (Cardoso, 2003, p. 144-145).

O Brasil nos anos 1990-2000 adotou alterações normativas em direção à diminuição e flexibilização de direitos, bem como implementou mudanças no direito processual,³ tendência revertida, em alguma medida, nos anos 2000-2015 (Queiroz, 2014).

¹ Na didática lição de Correias (2013, p. 191): “Se o direito do trabalho formaliza e fixa a relação capitalista, como é possível então que este ramo do direito possa ser chamado de “direito do trabalhador”? É claro que a luta pelo direito do trabalho é para a melhoria econômica de todos os trabalhadores, porém a luta não é para uma transformação social que liquide a relação capitalista, ao contrário, a luta pelo direito do trabalho é a luta pela conservação e melhoramento da relação capitalista”.

² “*The crucial step was this: labor and land were made into commodities, that is, they were treated as if produced for sale. Of course, they were not actually commodities, since they were either not produced at all (as land) or, if so, not for sale (as labor). Yet no more thoroughly effective fiction was ever devised.*” E, com base em estudos empíricos sobre sociedades passadas, Polanyi desnaturaliza o mercado: “*there is no difference between primitive and civilized society in this regard. Whether we turn to ancient city-state, despolitic empire, feudalism, 13th century urban life, 16th-century mercantile regime, or 18th-century regulationism-invariably the economic system is found to be merged in the social*” (Polanyi, 1947, 110). Em tradução livre: “O passo crucial foi o seguinte: o trabalho e a terra foram transformados em mercadorias, ou seja, foram tratados como se fossem produzidos para venda. Claro, eles não eram realmente “*commodities*”, já que não eram produzidos como tal (como terra) ou, se assim for, não para venda (como trabalho). No entanto, nunca foi inventada nenhuma nova ficção tão efetiva [...] não há diferença entre a sociedade primitiva e civilizada a este respeito. Se nos voltarmos para a cidade-estado antiga, o império despolítico, o feudalismo, a vida urbana do século 13, o regime mercantil do século XVI, a regulação do século XVIII – invariavelmente, o sistema econômico encontrado se fundiu no social”.

³ Por exemplo: Emenda Constitucional n. 28/2000 (prescrição de cinco anos para o trabalhador rural, mantido o limite de dois anos após a extinção do contrato), Lei n.

A reforma trabalhista do Brasil de 2017 (Lei n. 13.467/2017) foi mais ousada se comparada a dos anos 1990 quanto à implementação, mas não quanto ao projeto envolvendo antigas propostas do chamado “negociado sobre o legislado” e soluções extraprocessuais de conflitos trabalhistas individuais.

O projeto de lei da reforma trabalhista foi aprovado em contexto de crise institucional no Brasil, que resultou no *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff (posse em 01/01/2015, *impeachment* em 31/08/2016). O rápido processo legislativo foi finalizado sem debates com a sociedade, com instituições com capacidade de atuar de forma complementar para maior humanização e democratização das relações de trabalho no Brasil (como entidades sindicais de trabalhadores). Ao contrário, mesmo com a reprovação de associações de Juízes do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e de associações de Procuradores do Trabalho, de associações de Auditores Fiscais do Trabalho, Centrais Sindicais, sindicatos de trabalhadores etc., diferentes “desenhistas” de instituições trabalhistas, em menos de um ano a proposta de reforma trabalhista foi apreciada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e sancionada.

Contemporaneamente, vivenciamos a tendência de expansão do mercado com a mercadorização de tudo (Supiot, 2014, p. 53-67; Silva, 2016), e a adoção de reformas na regulamentação do trabalho em países diversos na direção da ampliação da flexibilidade do mercado de trabalho, com aumento das formas contratuais (contrato temporário, por prazo

9.958/2000 instituiu as Comissões de Conciliação Prévia (forma extraprocessual de solução de conflitos), Lei n. 9.957/2000 instituiu o procedimento sumaríssimo (para causas até vinte vezes o valor do salário mínimo), Lei n. 10.101/2000 (participação nos lucros e resultados sem caráter salarial), entre outros. Na direção de maior proteção ao trabalhador, foi alterada a regulamentação do trabalhador aprendiz (Lei n. 10.097/2000), e a Lei n. 9.799/99 alterou a regulamentação do trabalho da mulher: após o Brasil ter sido denunciado na Organização Internacional do Trabalho no início dos anos 1990 pela exigência, por parte de empresários, de atestado de laqueadura para contratação de mulheres. Arnaldo Sussekind foi chamado pelo então presidente Itamar Franco para atuar na defesa; após a aprovação da lei a denúncia foi arquivada (Gomes, 2002, p. 8-9; Dalazen, 2010, p. 32-33). Para além da normativa, deve ser considerado, ainda, seu cumprimento/descumprimento.

determinado, terceirização, contrato de trabalho intermitente, contrato de trabalho autônomo, além do tradicional contrato por prazo indeterminado), e o conhecido e controvertido ranqueamento adotado pelo Banco Mundial para servir de referência a investidores (“Doing Business”),⁴ o qual cria nova ficção de mercadoria – as normas internas dos países – e divulga quadros comparativos para auxiliar os “consumidores de direito a fazerem sua escolha neste mercado de normas” (Supiot, 2014, p. 59). Nesse contexto, é relevante refletir sobre os desenhos e redesenhos institucionais do mercado de trabalho, com foco nas relações coletivas de trabalho no Brasil e, considerando a diversidade de “desenhistas”, incluindo entre esses os trabalhadores e suas organizações, estudar os recursos de poder com potencial para impor limites à desumanização das relações de trabalho e concretizar a Constituição de 1988, que manteve a unicidade sindical,⁵ mas estabeleceu diretriz de progressividade na conquista de direitos (artigo 7º, *caput*), além da vedação do retrocesso (artigo 4º, II e 5º, § 2º e 3º, artigo 60, § 4º (Reis, 2010, p. 143-152)), e vedou a interferência e intervenção estatal na organização dos trabalhadores (artigo 8º).

Moldura conceitual: instituições, desenhos e desenhistas

Em matéria de direitos trabalhistas, nada parece estar definitivamente conquistado, mas também não está perdido (Bensusán, 2006, p. 370).

Um mapa geral das teorias sobre “desenho institucional” nas várias disciplinas e correntes de pensamento em cada uma delas foi traçado por Goodin buscando princípios elementares, elásticos, e conceituações minimalistas a fim de contribuir para identificar a abordagem institucio-

⁴ Da publicação de 2018, “Reforming to Create Jobs”, constou informações sobre os indicadores: “*Flexibility in employment regulation and aspects of job quality*”, com o quadro “*Labor Market Regulation Data*” (The World Bank, 2018, p. 20, 208-221). A reforma trabalhista do Brasil de 2017 ainda não constou do relatório.

⁵ A Convenção 87 da OIT não foi ratificada pelo Brasil, mas está incluída entre convenções constitutivas da Declaração de Direitos Fundamentais de 1998.

nalista, reconhecendo sua diversidade na construção teórica da interação entre estrutura e agência (2006, p. 13).

De início, pontua as particularidades do novo institucionalismo em relação ao clássico. Este concebia as instituições como solução para os problemas enfrentados por cada uma das respectivas disciplinas. Aquele não se traduz numa abordagem uniforme nos diversos campos do conhecimento.⁶ Em sua base estão proposições que aparecem, de forma mais

⁶ Nesta perspectiva, em breve resumo do autor, em uma abordagem tradicional, comumente as instituições apareciam personificadas para os *historiadores* (o Estado na figura do príncipe, dos reis e suas cortes, etc.), e centrados nas questões políticas, mais do que nas sociais e econômicas. A história social foi ganhando espaço no século XX e, nos anos mais recentes, novo giro para incluir as instituições, mas com enfoque voltado ao impacto que as estruturas sociais têm sobre a vida privada das pessoas reais. A contribuição da história ao institucionalismo, conclui Goodin, seja clássico ou novo, está principalmente no estudo do passado, particularmente na forma pela qual o passado modela o presente e o futuro (2006, p. 16). Na *sociologia*, pensadores clássicos como Durkheim, Weber, Marx, entre outros quais e como instituições limitam, subordinam os indivíduos, um controle social sobre a vontade humana. Goodin menciona também os estudos de Talcott Parsons sobre a estrutura da ação social, teorias criticadas entre outros pelo behaviorismo, pelo que entendiam ser uma concepção excessivamente socializada do homem, voltaram-se muitos aos estudos as reações do homem entre estímulos e respostas. O novo institucionalismo se mostrou como uma reação a essa reação ao velho institucionalismo. Entre os teóricos do novo institucionalismo existem os que concebem as instituições exercendo um poder oculto sobre os indivíduos e grupos marginalizados (que ficam então indefesos), bem como outros que interpretam as ações de indivíduos e grupos como moldadas pelas instituições onde se situam, valorizando instituições intermediárias como a família. A variável específica do institucionalismo na sociologia, destacada por Goodin, seja clássico ou novo, está no foco sobre o modo pelo qual o pertencimento a grupos mais amplos molda a conduta do indivíduo, e como a conduta deste pode também moldar as instituições. Na *economia* o movimento institucionalista veio como crítica à abordagem neoclássica (e seus agentes livre idealizados que se relacionam em um mercado livre e idealizado). A concepção original da economia institucional dos EUA, tal como difundiram John R. Commons e seus seguidores, consistia em examinar as maneiras nas quais a ação coletiva pode ser encarnada institucionalmente e, dessa maneira, pode moldar e limitar a eleição individual. A crítica à ideia de “livre mercado” considerava que, realizada numa economia real, o mercado era dominado por atores (empresas, classes, bancos centrais ou qualquer outro) com poder para moldar os efeitos do mercado (por exemplo podem alterar os preços relativos aos bens e recursos). Contemporaneamente, cita os ganhadores do Prêmio Nobel, Douglas North e Oliver Williamson (instituições econômicas do capitalismo) (Goodin, 2006, p. 23): a concepção básica deste novo institucionalismo propõe mostrar as diversas maneiras nas quais

ou menos enfatizadas, em cada uma das disciplinas e em suas diferentes abordagens, pontuadas por Goodin:

(1) Agentes e grupos individuais perseguem seus respectivos projetos em um contexto coletivamente restrito. Entre as formas muito diversas que tais restrições tomam, em certa medida, pode-se dizer que (2) tais restrições tomam a forma de instituições: padrões organizados de normas e papéis socialmente construídos, bem como comportamentos socialmente prescritos que se esperam daqueles que desempenham tais papéis, que são criados e recriados com o tempo em execução. Além disso, (3) por mais estritas que sejam, essas restrições são, no entanto, vantajosas em vários outros aspectos para indivíduos e grupos em termos de realização de seus próprios projetos mais específicos. Isso é verdade em muitos aspectos, mas em parte é porque (4) os mesmos fatores contextuais que restringem as ações do indivíduo e do grupo também moldam os desejos, preferências e motivações desses mesmos agentes individuais ou grupais. Aprofundando a natureza dessas restrições, é possível, pelo menos, afirmar o seguinte: (5) tais restrições têm, de forma distinta, raízes históricas, como artefatos residuais das ações e escolhas do passado; e (6) tais restrições incorporam, conservam e dão recursos de energia diferenciados em relação a diferentes indivíduos e grupos. Em conclusão, no entanto, (7) a ação individual e grupal, muito restrita pelo contexto e socialmente moldada, isso constitui a força motriz que orienta a vida social (Goodin, 2006, p. 36).⁷

o funcionamento real do livre mercado dentro da economia neoclássica exige e pressupõe uma estrutura institucional prévia, porquanto as instituições reduzem os custos de transação e facilitam os intercâmbios, promovem as transações comerciais, o comércio (facilitam alguns tipos de comércio mais que outros). Nossas escolhas também estão influenciadas pelas escolhas do passado, consolidadas nas instituições (nossas escolhas dependem de onde estamos e como chegamos até ali). Esta influência do passado sobre o presente é o que resulta central para o institucionalismo (Goodin, 2006, p. 25). Na *ciência política*, o poder é a categoria chave destacada por Goodin, como particularidade de abordagem do novo institucionalismo nos estudos de ciência política (causas e consequências da luta pelo poder político). O problema da capacidade de uma pessoa ou grupo controlar as ações de outras pessoas e grupos, ou de alcançar objetivos desejados independentemente da ação de pessoas ou grupos (Goodin, 2006, p. 31). A abordagem institucionalista no Direito não é problematizada pelo autor.

⁷ Tradução livre. No original: “(1) los agentes individuales y los grupos persiguen sus respectivos proyectos en un contexto que se encuentra colectivamente restringido. Entre las muy diversas formas que toman tales restricciones, en cierta medida significativa puede decirse que (2) tales restricciones toman la forma de *instituciones: patrones organizados*

Como instituições estamos entendendo padrões de conduta recorrentes e repetitivos, valiosos e estáveis (normas e papéis construídos socialmente e condutas socialmente prescritas, criados através do tempo) dentro das instituições e por causa delas. A nós interessa a abordagem que leva em conta os processos pelos quais as organizações e procedimentos adquirem valor e estabilidade (muito embora não sejam imutáveis). Na mesma perspectiva, mas com recorte nas instituições trabalhistas, David Kucera e Janine Berg conceituam instituições de forma ampla, abrangente de normas, práticas e políticas, tanto formais quanto informais, escritas, que afetam o funcionamento do mercado de trabalho (tanto as normas duradouras – algumas das quais têm sido consideradas direitos universais – como também práticas informais, leis temporárias, políticas de curto prazo, circunstanciais) (Kucera; Berg, 2008, p. 11).

Neste contexto teórico, considerando acidente, evolução e intenção como modelos de mudanças sociais/institucionais, na ideia de desenho (e redesenho) institucional está a ênfase na intencionalidade (Goodin, 2006, p. 46), ainda que o resultado não seja intencional. Com frequências, as instituições resultam de intenções que se descaminham, subprodutos imprevisíveis, consequências de ações intencionais que se sobrepõem, ou são mal direcionadas, ou resultam simplesmente de erro (Goodin, 2006, p. 45). Deve-se levar em conta, ainda, a multiplicidade de desenhistas, a

de normas y papeles socialmente construidos, así como conductas socialmente prescritas que se esperan de quiénes desempeñan tales papeles, los cuales son creados y recreados con el correr del tiempo. Además, (3) por estrictas que sean, esas restricciones resultan, sin embargo, ventajosas en otros diversos aspectos para los individuos y los grupos en lo que hace a la consecución de sus propios proyectos más particulares. Esto resulta verdadero en muchos aspectos, pero en parte lo es porque (4) los mismos factores contextuales que restringen las acciones del individuo y del grupo moldean también los deseos, preferencias y motivaciones de esos mismos agentes individuales o grupales. Profundizando en la naturaleza de estas restricciones, es posible al menos afirmar lo siguiente: (5) tales restricciones tienen, distintivamente, raíces históricas, como artefactos residuales de las acciones y elecciones del pasado; y (6) tales restricciones encarnan, preservan e imparten recursos de poder diferenciales con respecto a los distintos individuos y grupos. En conclusión, sin embargo, (7) la acción individual y grupal, por muy restringida por el contexto y moldeada socialmente que este, constituye la fuerza motriz que guía a vida social”.

pluralidade de planos para a construção de instituições, que se cruzam, intercalam (muitas das instituições do mercado de trabalho no plano internacional, com a criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, a Declaração de Filadélfia de 1944 e a Declaração de Princípios de 1998, suas convenções e recomendações, assim como no plano interno de diferentes países foram criadas e funcionam pela/com a atuação inter-cruzada de governos, trabalhadores e empregadores (Kucera; Berg, 2008; no Brasil: Silva, 2008; Ramos Filho, 2017). Contudo, o risco de se adotar uma concepção “criacionista” pode e deve ser evitado pelo pressuposto desta abordagem: os desenhistas institucionais deveriam ser mais sensíveis que os demais às maneiras pelas quais os legados do passado os limitam inevitavelmente em suas próprias atividades de desenho (Goodin, 2006, p. 48) – justamente, o estudo das instituições tem relevância na pesquisa sobre os rastros do passado que limitam nas ações presentes e futuras.

Em uma problematização inicial sobre os princípios desejáveis para orientar os desenhos institucionais, com o pressuposto elementar de que os seres humanos, em suas ações e escolhas, estão sujeitos a cometerem erros de fato e de valor, e de que as sociedades mudam, Goodin destaca os seguintes: a) que admitam mudanças, devendo ser elásticas dentro de certos limites – a fim de inibir alterações circunstanciais, resultantes de pura manipulação, sem correspondência com os pressupostos sobre os quais se baseiam a instituição; b) solidez, as mudanças devem ser justificadas por adequações pertinentes; c) sensibilidade com a complexidade motivacional, as diferentes motivações das ações de indivíduos e grupos. Embora o autor não aponte o exato modo de operacionalização desse princípio, aponta a complexidade subjacente aos desenhos de instituições “concebidas para canalhas” ou que atribuam maior confiança aos indivíduos e grupos sociais, sobretudo porque de impossível ou muito custoso experimento empírico (cita exemplos clássicos como o da separação de poderes, e menciona a publicidade das deliberações e atos públicos como forma de protegê-las de interesses meramente particulares); d) variabilidade, considerando o aperfeiçoamento de nossos acordos institucionais contam, ainda, com processos de tentativa e erro. Um princípio importante é o desejo

de variabilidade dos desenhos adotados, encorajando a experimentação de estruturas diferentes em locais diferentes, estimular a reflexão sobre as outras experiências e buscar adotá-las quando se mostrarem adequadas num dado meio social (Goodin, 2006, p. 59-63). E o próprio autor adverte: “nenhum desses princípios de design institucional é inabalável ou sacrossanto [...]. São apenas alguns exemplos do tipo de teorias de alcance intermediário com relevância empírica e normativa, que podem ser utilizadas no desenho e redesenho de instituições sociais”⁸ (Goodin, 2006, p. 63). Tal sistematização de princípios está sujeita a críticas, mas sua virtude está em contribuir para pesquisas focadas nas instituições, os limites e possibilidades de suas modificações, como funciona a vida social, como pode melhorar.

Relações coletivas de trabalho contemporâneas. De desenhos e garatujas

Especificamente quanto às instituições trabalhistas, alterações da normativa em diferentes países vêm sendo realizadas como meio privilegiado de equacionar problemas decorrentes da crise econômica pós 2008, daí a relevância de estudos acadêmicos que problematizem o senso comum que atribui a essas instituições o mau desempenho da economia (Kucera; Berg, 2008; Adascalitei; Morano, 2015).

Dragos Adascalitei e Clemente Pignatti Morano, em pesquisa publicada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em outubro de 2015, organizaram inventário das reformas trabalhistas no globo. Abrangente de 111 países, no período de crise econômica, entre 2008 e 2014 (logo, não foi incluída a reforma brasileira de 2017), investigaram as determinantes macroeconômicas das respectivas reformas e sua eficácia para melhoria de qualidade do mercado de trabalho (quanto à redução

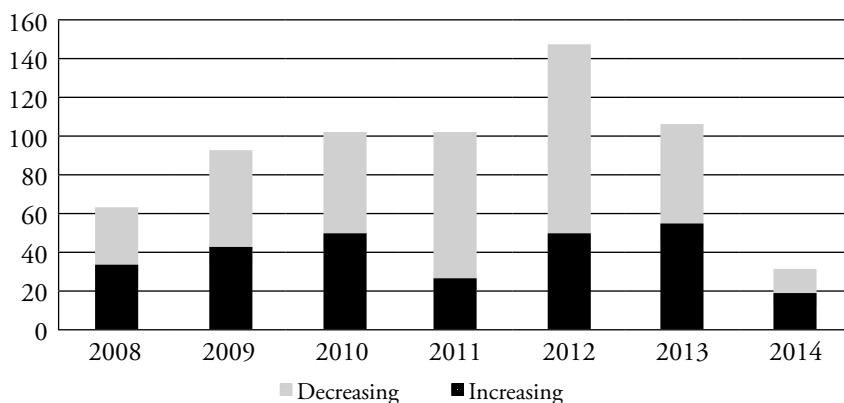
⁸ Tradução livre. No original: “ninguno de estos principios de diseño institucional resulta inobjetable o sacrosanto [...]. Se trata tan sólo de unos cuantos ejemplos del tipo de teorías de alcance intermedio que tiene relevancia tanto empírica como normativa, las cuales es posible recurrir en el diseño y rediseño de las instituciones sociales”.

do desemprego e a qualidade do emprego). Nessa perspectiva, realizaram levantamento de dados sobre: (1) o número de reformas aprovadas por ano; (2) direção da reforma (se reduziu ou ampliou a proteção dos trabalhadores); e (3) o que denominaram “o domínio político em que a reforma ocorreu”, classificados como despedimentos coletivos, contratos permanentes, contratos temporários, horário de trabalho, negociação coletiva e outras formas de trabalho, se foram promovidas por diversas alterações normativas (“*reform packages*”, como ocorreu no Brasil da década de 1990), ou se foram várias alterações promovidas por uma única reforma na legislação (“*umbrella laws*”, como no Brasil de 2017). Os impactos das reformas foram analisados a curto prazo (limitaram os estudos dos impactos da regulação, crescente ou decrescente, nos desempenhos do mercado de trabalho ao ano seguinte das implementações).

Os pesquisadores demonstraram que a queda das taxas de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) e o aumento do desemprego foram determinantes para as propostas de reformas trabalhistas, direcionadas, na maioria dos países desenvolvidos, para a redução da proteção dos trabalhadores. Nesses países, e também nas economias em desenvolvimento, verificaram um aumento do índice de desemprego no ano seguinte às reformas. Com base em ampla pesquisa empírica, constaram que as reformas que diminuem a regulamentação do emprego têm um efeito negativo e estatisticamente significativo nas taxas de emprego no ano seguinte, tanto nas economias desenvolvidas como em desenvolvimento. Desta forma, confirmamos os resultados da literatura anterior sobre os possíveis efeitos negativos a curto prazo das reformas estruturais (Adascalitei; Morano, 2015, p. 2).

O gráfico a seguir mostra a quantidade de alterações na regulamentação do mercado de trabalho, por ano de implementação, nos 111 países, com redução do nível de proteção dos trabalhadores (em cinza), e com aumento da proteção (em preto).

Gráfico 1 – Diminuição/Crescimento



Nota: Os dados para 2014 são preliminares.

Fonte: Cálculos dos autores com base em Natlex, EPLex, Eurofound, LABREF e OIT (2012) (Adascalitei; Morano, 2015, p. 3).

Em 2008, das 63 reformas analisadas, 30 reduziram o nível de proteção. O número de reformas atingiu o pico em 2012: foram 147 reformas, 97 reduziram o nível de proteção do trabalhador.

Da revisão bibliográfica sobre o tema, verificaram divergências entre os pesquisadores sobre a relevância estatística da relação entre reforma trabalhista a redução do índice de desemprego, com estudos afirmando esta correlação e outros tantos negando-a.⁹

⁹ A divergência pode ser verificada também na mencionada publicação do Banco Mundial do “Doing Business” de 2018, segundo a qual, em períodos de crise econômica, a maior escolaridade pode ser um fator nocivo sobre as oportunidades de emprego, agravado nos países (“economias”) com normas trabalhistas mais rígidas de proteção. Menciona estudos que concluem que graduar-se da escola durante um período de condições econômicas adversas tem um efeito persistente e prejudicial sobre as oportunidades de emprego. A persistência desse efeito negativo é mais forte nas economias com uma legislação mais rígida em matéria de proteção ao emprego. Essa também pode trazer consequências distributivas negativas. Um estudo sobre o Chile, por exemplo, descobriu que a rigidez das regras de segurança do trabalho estava associada a menores taxas de emprego para jovens, trabalhadores não qualificados e mulheres (The Work Bank, 2018, p. 20). Em sentido contrário, pesquisadores latino-americanos, da análise de dados da década de 1990 concluíram que não existe evidência empírica de que os custos pelo não cumprimento das normas trabalhistas seria a causa limitadora do crescimento do emprego formal (Bensusán, 2006, p. 422).

Dentro da delimitação temporal proposta (de 2008 a 2014, e impactos no ano posterior da implementação), o estudo revelou que nos países desenvolvidos os períodos de baixo crescimento econômico são propensos a um maior número de reformas trabalhistas em direção à diminuição da regulamentação. Quanto aos países em desenvolvimento, apurou um maior número de reformas nos períodos de crescimento econômico, em direção ao aumento da regulamentação. E, em relação ao conteúdo das alterações, verificaram que mudanças na regulamentação das demissões coletivas (52), das horas de trabalho (85) e outras formas de contratação do trabalho (51). Os pesquisadores constataram um maior número de reformas quanto aos contratos permanentes nos países desenvolvidos, e um número significativo de mudanças nas regras da negociação coletiva nos países em desenvolvimento, cujos dados foram sistematizados no quadro abaixo:

Quadro 1 – Number of changes in labour market regulation by geographical region and area of policy intervention (2008-2014)

	Dispensas Coletivas	Contratos Permanentes	Contratos Temporários	Horas de Trabalho	Outras formas de emprego	Negociação Coletiva
União Europeia	39	123	62	75	44	75
Economias não desenvolvidas na UE	0	12	2	2	2	8
Europa Central e do Sudeste (não UE) e CEI	6	16	8	3	2	14
Sul da Ásia	1	2	1	1	0	7
Sudeste Asiático e Pacífico	1	6	3	2	0	21
Ásia leste	1	2	1	0	0	4
América Latina e Caribe	0	11	3	0	1	19
Norte da África	2	4	2	2	1	8
África Subsaariana	2	17	5	0	1	19
Total	52	193	87	85	51	175

Nota: Os dados para 2014 são preliminares.

Fonte: Cálculos dos autores com base em Natlex, EPLex, Eurofound, LABREF e OIT (2012) (Adascalitei; Morano, 2015, p. 4).

Também com abordagem institucionalista, Grasiela Bensusán problematizou outros aspectos das instituições trabalhistas em quatro países da América Latina – direcionou o foco dos questionamentos para a relação entre “*custos de cumprimento das normas trabalhistas/não cumprimento e probabilidade de detecção*”, para o estudo do desempenho institucional (e não só seu desenho), com recorte em normas e fatos (mais restrito, portanto, que Kucera, Berg e Goodin). O pressuposto adotado foi que para manter constante a efetividade das normas e, com isso, a credibilidade das instituições, o custo pelo não cumprimento e a probabilidade de detecção deveriam ser crescentes (Bensusán, 2006, p. 12):

O argumento que relaciona esses fatores defende que, independentemente de ser alto ou baixo o custo do cumprimento, o custo do não cumprimento e a probabilidade de detecção deveriam ser altos ou tenderem a crescer para manter pelo menos constante a efetividade das regras, quando aumenta a pressão pela redução dos custos do trabalho (Bensusán, 2006, p. 38).

A abrangente análise comparativa de Adascalitei e Morano considerou as reformas normativas e seus impactos no ano posterior às respectivas implementações. No estudo coordenado por Bensusán, restrito a quatro países, em período anterior (anos 1990-2000) publicado em 2006 sobre desenhos e desempenhos institucionais no Brasil, México, Argentina e Chile, os pesquisadores buscaram avaliar o nível de efetividade das normas trabalhistas e das instituições que atuam em sua aplicação – “a brecha entre as normas e fatos” (Bensusán, 2006, p. 12), entender como os desenhos institucionais funcionam concretamente (considerando o funcionamento particular das diferentes instituições entre si e a diversidade dessas no ambiente em que estão situadas, diversidade de interpretações jurisprudenciais e nível de cumprimento). No período marcado pelas políticas neoliberais, os pesquisadores apontaram problemas de desenho e apontaram as melhores práticas institucionais na região (entre essas apontaram o seguro-desemprego; o sistema misto de captação prévia

e indenização para as demissões, consistente nos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e nas verbas rescisórias).¹⁰

¹⁰ Exemplo de boa prática institucional, o seguro-desemprego criado pela Constituição de 1946, Decreto n. 2.283/1986, regulamentado pelo Decreto n. 92.608/86, foi recepcionado pela Constituição, artigo 7º, II, e ampliado por legislação posterior (Lei n. 7.998/1990, Lei n. 8.900/1994, Lei n. 13.134/2015), para o empregado dispensado sem justa causa, para o trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo (Lei n. 10.608/2002), para o empregado doméstico dispensado sem justa causa (Lei n. 10.208/2001 e Lei Complementar n. 150/2014). Em ambos os casos, pelo tempo máximo de três parcelas no valor de um salário mínimo. Para o Pescador Artesanal (Lei n. 10.779/2003, e posteriormente Lei n. 13.134/2015), pelo tempo de duração do defeso da espécie que captura (regulamentadas por portarias quanto à região, ao tempo e à espécie), no valor de um salário mínimo. Também é garantido o direito para fins de “Bolsa Qualificação Profissional” para trabalhadores com contrato de trabalho suspenso, em conformidade com o disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, matriculado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (Medida Provisória n. 2.164-41/2001, vigente de acordo com o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, artigo 476-A da CLT). O Programa Seguro-Desemprego foi objeto de avaliação externa pela Universidade de Brasília (UnB) em 2009 e, entre outros dados, das entrevistas com beneficiários obtiveram sugestões de aumento do tempo de pagamento das parcelas, contudo, não pretendiam que tivesse longa duração ou fosse por tempo indeterminado, contrariando a percepção de que o benefício estimularia a inatividade voluntária (Marinho; Balestro; Walter, 2009, p. 96). Quanto aos depósitos do FGTS o tempo de prescrição de trinta anos foi restringido para cinco anos (decisão do Supremo Tribunal Federal, (ARE) 709212 (Tema 608), declarou a inconstitucionalidade do artigo 23, § 5º da Lei n. 8.036/1990 e do artigo 55 do Decreto n. 99.684/1990 (prescrição trintenária). Julgamento de mérito de tema com repercussão geral em 13/11/2014, Relator Ministro Gilmar Mendes, vencidos a Ministra Rosa Weber e o Ministro Teori Zavascki). A fiscalização do cumprimento do pagamento das verbas rescisórias, dos depósitos do FGTS e da documentação necessária para a obtenção do Seguro Desemprego foi dificultada pela reforma trabalhista, com a alteração do artigo 477 da CLT – um retrocesso no desenho anterior. A verificação pelo Ministério do Trabalho ou pelos sindicatos (defensor público e juiz de paz eram outras possibilidades, contudo sem a mesma capacidade institucional para fins da necessária fiscalização) das parcelas e da documentação referente à terminação do contrato para o empregado com mais de um ano de tempo de serviço deixou de ser obrigatória. O efeito sistêmico poderá ser o de aumentar as demandas na Justiça do Trabalho. Na série Justiça em Números, divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016, com ano base de 2015, o número de casos novos na Justiça do Trabalho em 2015 foi de mais de 4 milhões (número inferior aos novos casos da Justiça Comum em 2015, de 18.911.657) (CNJ, 2016, p. 43, 167 e 168) e o assunto “Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias” constou em quase a metade (49 %) de todos os novos casos da Justiça do Trabalho de 2015, de todas as ações em curso em 2015, 40 % terminaram por acordo. Os dados do CNJ mereceriam um tratamento metodológico e acadêmico mais

Fora da abrangência temporal da pesquisa organizada por Bensusán, permanece o problema da judicialização de demandas individuais,¹¹

criteroso, mas apontam para a permanência da “flexibilização a frio”. A assistência do sindicato nas homologações foi qualificada pelo Senador Relator do projeto de lei da reforma trabalhista como tarefa menor, “meramente burocrática”. A desimportância atribuída ao recém-desempregado aponta em sentido contrário à desmercadorização do trabalho. A quitação anual de parcelas (artigo 507-C da CLT), para ser considerada seriamente uma possibilidade de fiscalização (portanto, para além do escopo de conferir maior segurança jurídica aos patrões) teria por pressuposto a contratação de um conjunto de profissionais pelos sindicatos, como contadores, advogados e, em alguns casos, médicos e engenheiros do trabalho, o fortalecimento desta instituição, portanto

¹¹ Entendemos que o redesenho normativo da Justiça do Trabalho ainda não foi suficientemente testado, quanto aos eventuais conflitos decorrentes das formas extrajudiciais de equacionamento de disputas individuais trabalhistas. A operacionalização da homologação de acordos extrajudiciais pela Justiça do Trabalho, prevista no artigo 652, f, artigo 855-B e seguintes da CLT, de questionável constitucionalidade, tem sido objeto de intensas controvérsias na doutrina trabalhistas, inclusive quanto à natureza da jurisdição voluntária, se ato administrativo (Schiavi, 2017, p. 66) ou jurisdição (Bebber, 2017, p. 263; Delgado, 2017, p. 351), se a decisão que homologa o acordo tem eficácia de título executivo (Bebber, 2017, p. 263), ou não (Branco, 2017), se faz coisa julgada material, sendo irrecorrível, somente destituível por ação rescisória, salvo artigo 832, § 4º e 5º da CLT (Bebber, 2017, p. 263, ou não, porque mantido inalterado o artigo 876 da CLT, sendo necessário o ajuizamento de ação trabalhista em caso de descumprimento (Branco, 2017), se da decisão que indefere a homologação o acordo cabe recurso ordinário (Delgado, 2017, p. 351) ou não (Branco, 2017). No âmbito do processo, em todos os conflitos trabalhistas – individuais e coletivos – a CLT privilegia a solução consensual (artigo 764 da CLT). As soluções de disputas individuais sem a presença de um Juiz são vistas com cautela, em 1999 foi extinta a representação classista na Justiça do Trabalho (EC 24/99) e, no ano seguinte, aprovada a Lei n. 9.958/2000 instituindo as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) e reconhecendo Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista (artigo 625-H CLT) para solução de conflitos individuais, como requisito de admissibilidade das ações trabalhistas, cuja aplicação foi cercada de controvérsias doutrinárias, jurisprudenciais, amplos debates. O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal (ADI 2139 MC/DF e ADI 2160 MC/DF) tendo sido julgado que a passagem do conflito individual trabalhistas pelas CCPs era facultativa, o termo de conciliação continuou sendo considerado título executivo trabalhista (artigo 876 da CLT). O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) interpretou por meio de Resolução 174/2016 não ser aplicável regulamentação da Mediação e Conciliação extraprocessual pelo CPC (artigo 7º, § 6º da Resolução 174 CSTJ) às relações de trabalho. Entre as relações de trabalho individualmente consideradas, os trabalhadores portuários têm a mediação prevista em sua lei própria (Lei n. 12.815/2013), sendo o mediador uma comissão paritária (existe, ainda, a previsão de possibilidade de solução de conflitos por meio de arbitragem). Pela Lei Complementar n. 75/95 o Ministério Público do Trabalho tem atribuição de atuar como mediador de conflitos e como árbitro (tanto individuais

mas em nossa percepção a alteração promovida pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004 quanto à competência da Justiça do Trabalho rea-

como coletivos). Resolução Conselho Nacional do Ministério Público n. 118/2014. Entretanto, antigo alerta de Kin Economides permanece atual. Quanto à relevante questão do acesso à Justiça, para além das três ondas da conhecida metáfora de Mauro Cappelletti e Briant Garth, Economides (1997), acrescenta uma quarta onda: em resumo fala da formação dos diferentes sujeitos que atuam para concretizar esse acesso à Justiça, pergunta quem chega na Faculdade de Direito, como são formados advogados, servidores, juízes, procuradores com vistas a essa concretização do acesso à Justiça, visando superar desafios não econômicos. Economides adota postura cautelosa para o entusiasmo contemporâneo com os meios extraprocessuais de solução de conflitos. Em seu entendimento, a resolução de disputas não pode ser necessariamente equiparada ao acesso à justiça, pois existe o perigo de serem oferecidas aos cidadãos soluções pacíficas, possivelmente até soluções com as quais possam ficar extremamente contentes e felizes, que, no entanto, permanecem aquém do resultado passível de ser obtido caso os direitos legais fossem exercidos por intermédio do sistema judiciário formal. Na Europa, estudo realizado no início dos anos 2000, em projeto do Departamento de relações Laborais Internacionais do Instituto Complutense de Estudos Internacionais (ICEI), identificou uma diversidade de procedimentos para solucionar conflitos trabalhistas. Em todos eles, identificou um crescente interesse em potencializar mecanismos alternativos de solução de conflitos ou complementares ao modelo judicial. A exclusividade ou a predominância do modelo judicial vem perdendo espaço em países que buscam aproximar-se uns dos outros (cita Suécia, Bélgica e Irlanda). Tais estudos, contudo, foram centralizados na adoção de conciliação, mediação e arbitragem como formas de solução de conflitos coletivos, ante o reconhecimento da autonomia coletiva como princípio básico de qualquer sistema democrático de relações de trabalho, e de que entre as diferentes formas de expressão deste princípio está a negociação coletiva, o direito de patrões e empregados, por meio de suas representações, criar condições de trabalho, em um diálogo social autônomo. Mas a autonomia coletiva não é só isso. Abrange também os meios pelos quais “trabalhadores e empresários decidem resolver suas controvérsias de um modo pacífico mediante procedimentos que se sustentam a margem dos grandes órgãos que, em cada país, encarnam o Poder Judiciário” (Dal Ré, 2003, p. 30). No caso brasileiro, nos conflitos coletivos de trabalho a mediação era prevista como uma fase pré-processual de dissídios coletivos de natureza econômica (aqueles nos quais se buscam melhores condições de trabalho, com o exercício do Poder normativo pela Justiça do Trabalho, artigo 616, § 1º e 4º), essas sessões de mediação no Ministério do Trabalho eram apelidadas de “mesa redonda”. Com a Constituição de 1988 a tentativa de composição do conflito coletivo por meio de mediação pelo Ministério do Trabalho passou a ser facultativa (permanecendo a necessidade de provar que se buscou a autocomposição para o ajuizamento do Dissídio Coletivo, e após 2004 – EC 45, comum acordo). A mediação pré-processual passou a ser uma faculdade (como reafirmou a Resolução 174 do CSJT). Assim, qualquer pessoa capaz e de confiança dos conflitantes coletivos pode atuar como mediador (concretamente, o próprio Ministério do Trabalho permanece com essa atuação e o Ministério Público do Trabalho pode ser chamado a atuar como mediador), (LC 75/95, artigo 83).

firmou a solidez da instituição (Goodin, 2006, p. 63), por sua melhor adequação para o equacionamento de conflitos, com a concentração de matérias referentes à relação de trabalho *lato sensu*, sindicais, inspeção do trabalho, disputas sobre direitos extrapatrimoniais no campo trabalhista na Justiça especial, com melhor capacidade institucional para apreciá-las e julgá-las, se comparada a juízes e tribunais generalistas.

Quanto aos problemas do desempenho institucional, em outro estudo, Adalberto Cardoso já havia demonstrado a existência de uma “flexibilização a frio”, a deslegitimação da ordem legal pelos capitalistas no Brasil pelo puro e simples descumprimento da legislação trabalhista pelos empresários, cuja consequência na década de 1990 foi o aumento da judicialização. Da análise dos conteúdos das ações ajuizadas no período de 1989-2001 no Rio de Janeiro, o sociólogo verificou não somente o não pagamento das verbas rescisórias, mas até mesmo descumprimento de direitos não patrimoniais como ausência de baixa na carteira de trabalho, falta de entrega de guias para levantamento dos depósitos do FGTS, numa franca opção pela ilegalidade, acentuada naquele período (Cardoso, 2003, p. 127 e 179).

No âmbito das relações coletivas de trabalho, a contribuição sindical obrigatória e a unicidade sindical foram apontadas como os mais importantes problemas de desenho. A unicidade cria um mito da não competitividade (Cardoso; Lage, 2006, p. 180), facilmente desmascarado por dados oficiais, os quais mostram um número crescente de sindicatos no país¹² – em 2016 somavam-se 16.491 organizações sindicais (5.251 de empregadores e 11.240 de trabalhadores) registradas no Ministério do Trabalho, sendo 15.892 sindicatos (10.817 de trabalhadores), 549 federações, 43 confederações, 7 centrais sindicais (Central Única dos Tra-

¹² Conferir série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (sindicatos de empregados, de empregadores e de profissionais liberais): 1931, 44 sindicatos; 1941, 1.091 sindicatos; 1951, 2.014 sindicatos; 1961, 2.826 sindicatos; 1971, 5.602 sindicatos; 1979, 7.252 sindicatos; 1987, 9.118 sindicatos; 1988, 9.120 sindicatos; 1990, 10.705 sindicatos; 2001, 15.961 sindicatos. IBGE Séries Históricas e estatísticas. A maior parte com base municipal (IBGE). Cf. ainda dados mais recentes sistematizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (Campos, 2016).

balhadores (CUT), Força Sindical (FS), União Geral dos Trabalhadores (UGT), Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST), Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB) e Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB)) (Campos, 2016, p. 9-10). Contribui para a pulverização das negociações coletivas (problema agravado pela terceirização, como diversos estudos demonstram).¹³ Tal pulverização, por sua vez, fragiliza a pressão sindical por melhores condições de trabalho e salários.¹⁴

Quanto à contribuição sindical obrigatória,¹⁵ sua instituição cria um desincentivo à filiação e à organização de trabalhadores no mercado

¹³ Entre tantos, cf. Dieese (2017).

¹⁴ Dados do Dieese demonstram que quanto maior a abrangência da negociação melhores as possibilidades de aumento salarial. No primeiro semestre de 2017 os reajustes em convenções coletivas foram maiores que nos acordos coletivos (Dieese, 2017, p. 12). Mesmo nas negociações de 2016, uma das mais desfavoráveis aos trabalhadores nos últimos vinte anos, as convenções coletivas tiveram resultados menos desfavoráveis que os acordos coletivos (Dieese, 2017b, p. 14-15).

¹⁵ A contribuição sindical obrigatória inicialmente foi chamada pela CLT de “imposto sindical”, sendo o nome alterado pelo Decreto Lei n. 229 de 1967, considerada recepcionada pela Constituição de 1988, no artigo 8º, IV, 2ª parte e artigo 149 (artigo 8º, IV) (cf. RE 146.733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694; RE 180.745, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24-3-1998, 1ª T, DJ de 8-5-1998). A Lei n. 8906/94, artigo 47, isentou os advogados, e a Lei Complementar n. 123/2006, artigo 13, §3º, as micro e pequenas empresas optantes do Simples Nacional ficaram isentas do pagamento de contribuição sindical patronal (ADI 2522, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 18/08/2006, ADI 4033, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 15/09/2010. Tribunal Pleno. DJ 07-02-2011). Até a data de finalização deste texto cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) questionam as alterações da Reforma Trabalhista quando ao fim da obrigatoriedade da contribuição sindical (todas distribuídas para o Ministro Edson Fachin: ADI 5811, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias Em Geral e Logística; ADI 5815, Federação Nacional de Trabalhadores Empregados em Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas; ADI 5794, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – Conttmaff; ADI 5813, Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo-Fenepospetro; ADI 5810 Central das Entidades de Servidores Públicos – CESP. Ainda sobre contribuição sindical foi ajuizada a ADPF 498, pela Confederação Nacional das profissões Liberais e União Geral dos Trabalhadores (UGT), questionando a Súmula 666 do STF, distribuída ao Ministro Celso de Mello. Em síntese, as ações alegam violações aos artigos: 8º, “caput” e incisos III e IV; 47, “caput”; 59, “caput” e incisos II e III; 61, “caput”, § 1, alínea b; 69,

informal. A reforma trabalhista excluiu a obrigatoriedade de seu pagamento para os não associados, mas não revogou a forma de partilha, nem os valores (artigo 580 da CLT), com os percentuais legais para as entidades de grau superior e centrais sindicais (artigo 589 da CLT), as regras referentes às datas de recolhimento e valores também não foram alteradas nem revogadas (artigo 582, 583 e 587 da CLT), manteve também os 10 % para a União (conta emprego e salário, artigo 589, I, d e II, e da CLT). Também não foi revogado o artigo 588 da CLT, o qual estabelece a operacionalização do recolhimento da contribuição e da partilha pela Caixa Econômica Federal. Profissionais liberais (salvo advogados que ficam isentos quando obedecidos os pressupostos legais) permanecem com direito de opção entre contribuir para o sindicato da categoria preponderante ou para o que represente a profissão liberal.

A supressão da obrigatoriedade não veio acompanhada de regra de transição, nem de regulamentação de outra contribuição e/ou das contribuições já existentes. A contribuição confederativa instituída pela Constituição (artigo 8º, IV, 1ª parte) foi objeto de ações diversas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou jurisprudência a respeito dessa matéria (Precedente Normativo 119 e Orientação Jurisprudencial da SD-C-TST nº 17), e o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 666 e após a Súmula Vinculante n. 40 com o mesmo teor: contribuição confederativa de que trata o artigo 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Em resumo, a supressão da obrigatoriedade do pagamento de contribuição para sindicato era reivindicação de parte do próprio movimento sindical. Todavia, sua extinção no fim do ano, sem o estabelecimento de uma regra de transição, e sem a instituição de uma “contribuição negocial”, considerando-se, ainda, a jurisprudência sumulada do TST e do STF tem potencial para gerar graves problemas de receita para o ano de 2018, com previsíveis desafios de arrecadação e maiores dificuldades para a negociação

“caput”; 146, “caput”, inciso III e alíneas “a” e “b”; 149 “caput” e 150, “caput” e § 6º, todos da Constituição Federal; bem como os artigos 3º, “caput” e 217, “caput” e inciso I, estes do Código Tributário Nacional; assim como a Convenção 144 da OIT.

coletiva em um contexto fático e normativo de aumento do desemprego, ampliação da terceirização e multiplicidade de formas contratuais.

Consideramos que os problemas do desenho e desempenho institucional tendem a ser agravados pela reforma trabalhista, a supressão abrupta da contribuição sindical obrigatória, a manutenção da unicidade sindical e a pulverização das negociações coletivas não apontam na diretriz da concretização dos princípios de liberdade sindical reafirmados pela Declaração de 1998 da OIT, potencialmente tendem a não contribuir para superar os desafios da democratização das relações coletivas de trabalho apontados por Lage e Cardoso. É possível que caminhem na contramão do objetivo de crescimento do emprego formal, estudos de Kucera e Berg apontam que o fortalecimento dos direitos sindicais está ligado a maior proporção do emprego formal (Kucera; Berg, 2008b),¹⁶ semelhante constatação feita por Graciela Bensusán cuja pesquisa coletiva demonstrou a vinculação entre efetividade de direitos trabalhistas e existência de sindicatos com capacidade de fiscalizar, reivindicar e exercer poder de pressão para seu cumprimento (Bensusán, 2006, p. 375).

Considerações finais

As relações coletivas de trabalho foram redesenhadas na Constituição de 1988, todavia, a contribuição sindical obrigatória e a unicidade sindical, históricos problemas para o fortalecimento dessas instituições no país foram mantidos.

Se os agentes, com seus recursos de poder, atuam, planejam a vida, em um contexto coletivamente restrito por normas, práticas sociais, criados e recriados com o passar do tempo, uma pluralidade de desenhistas entrecruza traços, disputa poder e espaços em múltiplas dimensões. As alterações normativas da reforma trabalhista, garatuja institucional de questionável constitucionalidade, carecem de tempo para serem interpre-

¹⁶ Nos limites deste capítulo não pretendemos aprofundar a complementaridade do trabalho informal e economia capitalista global, entre tantos, conferir Peralva (2015, p. 441-465).

tadas e implementadas, mas no campo das relações coletivas o arranjo imposto de forma antidemocrática (em que pese aprovado pelo Congresso Nacional, o foi em ambiente de grave crise política, de forma apressada e sem diálogo social) tem potencial para agravar antigas dificuldades de institucionalização da plena liberdade sindical no Brasil, todavia, a capacidade de recriação de formas de luta por parte dos trabalhadores e suas organizações sindicais não pode ser desprezada.

Referências

BEBBER, Júlio Cesar. *Reforma Trabalhista: Homologação de Acordo Extrajudicial*. São Paulo: LTr. 2017, p. 263-271.

BERG, Janine; KUCERA, David. *Defence of labour marketing stitutions: cultivating justice in the developing world*. Genebra: International Labour Organization, 2008a.

BERG, Janine; KUCERA, David. *Executive Summary*. Genebra: International Labour Organization, 2008b. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/article/wcms_090980.pdf. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRANCO, Ana Paulo Tauceda. *Os Acordos Judiciais na Justiça do Trabalho e a Lei 13.467/2017: Jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência?* Vitória: Mimeo, 2017.

CAMPOS, André Gambier. *Sindicatos no Brasil: O que Esperar no Futuro Próximo?* Rio de Janeiro: IPEA, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf. Acesso em: 10 jan. 2018.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil*. São Paulo: Editorial, 2003.

CONSELHO Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CORREAS, Oscar. O Contrato de Compra e Venda. In: RAMOS FILHO, Wilson et al. (coord.). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Vol. IV. Curitiba: Juruá, 2003, p. 175-232.

DALAZEN, João Oreste. Pronunciamento Do Exmo. Sr. Ministro Vice-Presidente do TST, João Oreste Dalazen, Em Homenagem Ao Ministro Arnaldo Lopes Sússekind. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 76, n. 4, p. 25-33, out./dez. 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/18736/2010_rev_tst_v076_n004.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 dez. 2017.

DAL RÉ, Fernando Valdes. Informe de Sínteses sobre Conciliación, Mediación y Arbitraje em los países de La Unión Europea. In: DAL RÉ, Fernando Valdes. *Conciliación, Mediación y arbitraje laboral em los países de La unión europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2003, p. 29-56

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. Com Comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio e Econômicos. *Terceirização e precarização das condições de trabalho Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes*. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio e Econômicos. *Estudos e Pesquisas*. Mar. 2017. Balanço das negociações dos reajustes salariais do 1º semestre de 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2017/estPesq85BalancoReajustes1Semestre2017.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio e Econômicos. *Estudos e Pesquisas*. Mar. 2017b. Balanço das negociações dos reajustes salariais de 2016. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/balancodosreajustes/2016/estPesq83balancoReajustes2016.html>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ECONOMIDES, Kin. *Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”*: epistemologia versus metodologia? 1997. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2017.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibeda. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GOMES, Ângela de Castro. *Cidadania e Direitos do Trabalho*. Rio de Janeiro: Zahar. 2002.

GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. *A Dispensa ou a Violência do Poder Privado*. São Paulo: LTr, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sindicatos Existentes*. 1931-2001. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=FDT001>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MARINHO, Danilo Nolasco C.; BALESTRO, Moisés Villamil; WALTER, Maria Inez M. T. (org.). *Políticas públicas de emprego no Brasil: avaliação externa do Programa Seguro-Desemprego*. Brasília: Verbis, 2010. Disponível em: http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080812CB90335012CC21F88FF0055/avaliacao_externa_sd%5b1%5d.pdf. Acesso em: 19 jan. 2018.

PENALVA, Angelina. Globalização por baixo e mercados ilegais. In: PENALVA, Angelina; SILVA, Vera da (org.). *Ilegalismos na Globalização, Migrações, Trabalho, Mercado*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2015. Parte 6: Estado, Regulação e Direito diante dos Mercados Ilegais Globalizados, p. 441-465.

POLANYI, Karl. *Our Obsolete Market Mentality, Commentary*. Disponível em: <http://kpolanyi.scoolaid.net:8080/xmlui/handle/10694/471?show=full>. Acesso em: 3 jan. 2018.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. *A Terceirização do Trabalho no Brasil: perspectivas e possibilidades para uma revisão da jurisprudência 2014*. Disponível em: <http://defesa-trabalhador.com.br/declatra/wp-content/uploads/2014/07/A-terceiriza%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-no-brasil-Wilson-Ramos-Filho.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

REIS, Daniela Muradas. *O Princípio da vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho. Aspectos processuais da lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Sayonara Grillo Leonardo da. *Relações de Trabalho. Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Sayonara; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. A Proteção na Cultura Jurídica Trabalhista Brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 14, p. 17595-17635, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/14/2013_14_17595_17635.pdf. Acesso em: 6 jan. 2018.

SILVA, Sayonara; FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *Os mecanismos de culpabilização e neutralização da nova/velha gramática do poder brasileiro estão a caminho, trazendo os estreitos limites da austeridade e do ultraliberalismo*. DMT. Democracia e Debate. 2016. Disponível em: <http://www.dmtdebate.com.br/mercantilizacao-e-desafios-do-direito-do-trabalho-diante-do-paradigma-ultraliberal/>. Acesso em: 5 abr. 2017.

SUPIOT, Alain. O Mercado Total. In: SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia. A Justiça Social Diante do Mercado Total*. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 53-68.

THE WORLD BANK. 8 International Bank for Reconstruction and Development. *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/-/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2018.

ELEMENTOS PRÁTICOS PARA COMPREENSÃO DO SISTEMA DE PARADIGMAS JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS DOS TRIBUNAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE ACORDO COM A REFORMA TRABALHISTA NO PROCESSO DO TRABALHO BRASILEIRO

Alexei Almeida Chapper*

Em primeiro lugar, deve-se registrar o sentimento de profunda gratidão pela oportunidade de debater a reforma trabalhista com os brilhantes colegas que compõem a presente obra jurídica e também com o leitor mais atento e curioso. Certamente, é com a constante troca de experiências que se consegue aprender cada vez mais e a trabalhar melhor e com mais satisfação.

Este capítulo vai passar de maneira rápida e objetiva uma perspectiva que já vem sendo trabalhada a respeito do tema dos “precedentes” há algum tempo. Mais precisamente, nos últimos quatro anos. Desde 2014 até o final de 2017, o assunto foi pesquisado no Doutorado em Direito da PUCRS na área da teoria geral da jurisdição e do processo e na linha de pesquisa da instrumentalidade e da efetividade do processo do trabalho. O orientador da pesquisa foi o advogado, professor, amigo e confrade na Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT), Dr. Gilberto Stürmer.

O tema dos “precedentes” tem sido apontado como uma das grandes linhas mestras do Código de Processo Civil de 2015 e também da

* Advogado. Doutor em Direito e Mestre em Direito (PUCRS/Capes). Professor em cursos de Pós-Graduação e MBA. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUCRS). Autor premiado – Ed. LTr, ABDT, AMATRAS 1, 6 e 4. Membro da ASRDT. E-mail: alexeichapper@gmail.com.

Lei n. 13.467/2017 no que tange ao processo do trabalho já reformado. Especialmente, a partir da Lei n. 13.015/2014 até a Lei n. 13.467/2017.

A partir de agora, deve-se traçar uma linha mestra para o presente estudo. Uma trilha que possa ser visualizada antes mesmo de ser percorrida já na sequência, junto com uma espécie de mapa para a leitura mais agradável e proveitosa possível.

Claro que a proposta ideal de interação profissional seria realmente ao vivo com manifestações faladas e escritas de todos os interessados já na hora ou logo após a exposição presencial ou em vídeo. Sabe-se que o estalo nascido de uma conversa espontânea tomando café entre colegas não é o mesmo que decorre da leitura dissociada da personalidade e do contato direto de quem, em vez de falar, escreve para entregar a mensagem.

Por essa razão, quem quiser se manifestar, continuar essa troca ideias e mandar questionamentos deve se sentir plenamente à vontade para fazê-lo pelo meio que lhe parecer mais conveniente. Seja para compartilhar suas preocupações, levantar contrapontos argumentativos ou interagir livremente.

O leitor provavelmente já sabe que em um texto sobre precedentes seria sempre possível falar muito sobre o Direito no *Common Law*. E de fato isso poderia ser importante em um outro contexto que não este agora. A tentativa aqui será situar o problema do paradigma judicial obrigatório no processo do trabalho brasileiro hoje. Notadamente, levando em consideração especialmente a legislação e a regulamentação do TST editadas nos últimos anos em relação ao tema dos “precedentes” (conforme a classificação do TST no artigo 15 da IN 39), período que vai de 2014 até o fim de 2017.

Será preciso rememorar a aprovação precoce da Lei n. 13.015 de 2014: antes do CPC de 2015. Por isso, a Lei n. 13.105/2015, que é o CPC, acabou deixando a CLT em certa medida prejudicada no que tange à questão da uniformização obrigatória dos Tribunais.

A lembrança da Lei n. 13.256/2016 (alterou o CPC) também será fundamental no que diz respeito a este tema sob o prisma da ação rescisória e do cabimento da reclamação. E vale notar que esta lei teve a

peculiaridade de alterar o novo CPC antes mesmo de sua entrada em vigor. Finalmente, será destacada a Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, que, nesse ponto, adaptou a CLT ao CPC de 2015, resolvendo o impasse anterior entre o texto da Lei n. 13.015/2014 e a Lei n. 13.105/2015.

Da mesma forma, será importante mencionar a regulamentação do TST sobre o assunto desde 2014, começando pelo Ato 491 da Presidência do TST. Depois disso, em 2015, foram editadas as Instruções Normativas 37 e 38 e, em 2016, as Instruções Normativas 39 e 40. E, no final de 2017, o TST ainda publicou seu novo Regimento Interno por meio da Resolução 1937 que também merecerá nossa atenção neste sucinto estudo sobre todas essas novas ferramentas.

Em termos de teoria, o texto que o leitor está prestes a acompanhar também irá tentar esclarecer os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dicta* e *stare decisis*. E, além disso, outras siglas recentes no ordenamento jurídico brasileiro como IRR, IRDR e IAC vão começar a soar melhor aos ouvidos depois que forem devidamente explicadas com alguns exemplos, casos e situações práticas.

Entretanto, apesar de muitas dúvidas, há pelo menos uma concordância geral. O problema real e mais importante agora é saber hoje o que é e o que não é vinculante no sistema jurídico brasileiro. Este é um problema prático de todos que atuam na Justiça do Trabalho para o qual também será apresentada neste estudo uma nova ferramenta que poderá servir como uma solução interessante adotada pelo CNJ: chama-se BNPR.

Então, em suma, três perguntas importantes serão feitas e respondidas já na sequência. Por que este tema da vinculação às decisões dos Tribunais é importante no Brasil hoje em dia? O que são “precedentes” ou paradigmas judiciais obrigatórios? E onde se pode encontrá-los, isto é, como o advogado deverá trabalhar e como se comportar diante da verificação de paradigmas judiciais obrigatórios na Justiça do Trabalho? Essas e outras questões começam a ser desenvolvidas logo a seguir.

O porquê da vinculação aos paradigmas judiciais obrigatórios dos tribunais: interpretação e uniformização

Imagine a cena. Ela estava na praia e chamou a atenção de todos. De repente, criou-se a maior confusão em sua volta. Policiais foram convocados a resolver o conflito numa das belas praias de Balneário Camboriú em Santa Catarina.

A regra era muito clara. “É proibida a entrada de cães”. É proibido. Muito simples. Porém, mesmo que se trate de uma pessoa cega? Mesmo que o cachorro seja um cão-guia treinado para aquela situação? Perceba-se que problemas desse tipo são apresentados em debates clássicos sobre a teoria da interpretação jurídica e aqui aparecem de volta ao nosso cotidiano.

Esse exemplo demonstra claramente o problema da interpretação normativa. Existe mais de uma possibilidade de interpretação ao mesmo tempo e a divergência de entendimentos é natural no Direito. A divergência é normal em uma democracia constitucional que garante a liberdade e os demais direitos fundamentais às pessoas humanas que participam da rede de interações sociais da comunidade jurídica.

A revelação de que a interpretação judicial não se restringe ao texto legal como norma pronta e acabada assim que escrita pelo Poder Legislativo já não surpreende grande parte dos juristas de hoje. A noção, que outrora já foi a visão tradicional, de que a norma jurídica é meramente declarada pelo Poder Judiciário não condiz com o que se vê na prática do dia a dia.

O Poder Judiciário assume assim uma responsabilidade muito maior, uma vez que o papel decisivo da interpretação judicial ganha destaque no ato de julgar e decidir judicialmente de acordo com a unidade, a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico.

O número de processos cresceu muito nos últimos anos, levando o Poder Judiciário a uma compreensível sobrecarga de trabalho. Divergências interpretativas se acumularam e conduziram à incerteza de decisões judiciais imprevisíveis e tratamento diferente para situações iguais ou pelo

menos muito parecidas pelos mesmos Tribunais. Por consequência, a uniformização obrigatória nos Tribunais foi a solução adotada pelo legislador para tentar resolver esses problemas.

A Súmula 66 do TRT da 4ª Região é um exemplo dessa situação. Abordava a questão da percepção ou não do adicional de insalubridade pelo atendente de telemarketing escutando voz humana. Foi instaurado o IUJ do § 4º do artigo 896 da CLT (com base na Lei n. 13.015/2014) no TRT do Rio Grande do Sul. O TST verificou que havia divergência interna no TRT4 e mandou voltar para que o TRT uniformizasse a matéria de direito internamente antes de fazer subir recursos de revista ao TST por causa dessa mesma matéria de direito.

Essa Súmula 66 acabou sendo editada com entendimento diverso da jurisprudência iterativa e notória do TST. Até que o TST afetou a matéria em sede de recurso de revista repetitivo e ratificou o seu entendimento anterior de que não é devido o adicional. Sendo assim, a Súmula 66 foi cancelada pelo TRT4, assegurando a unidade, a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico.

Várias outras questões de direito já foram afetadas pelos Tribunais trabalhistas no Brasil. O TST elencou os temas que foram objeto de afetação no âmbito de sua jurisdição tanto em IRR como em IAC. Diversas questões de direito afetadas já foram julgadas e outras aguardam a deliberação da SDI ou do Tribunal Pleno do TST.

Contudo, talvez ainda não tenha ficado bem claro em que consistem os “precedentes” judiciais ou paradigmas judiciais obrigatórios. Para esse propósito, deve-se explicar já no próximo tópico o que significam as expressões latinas *ratio decidendi*, *obiter dicta* e *stare decisis*, bem como traduzir e estender as siglas IRR, IRDR e IAC.

O que são os paradigmas judiciais obrigatórios ou “precedentes” dos Tribunais no Brasil

Em 2016, pouco antes da entrada em vigor do CPC de 2015, o TST, no artigo 15 da IN 39, classificou como “precedente” (entre aspas)

todos aqueles provimentos judiciais que estivessem dispostos no artigo 927 do CPC. O artigo 15 da IN 39/2016 do TST determina que o “Processo do Trabalho observará o seguinte”:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do artigo 489 considera-se “precedente” apenas: a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em julgamento de recursos repetitivos (CLT, artigo 896-B; CPC, artigo 1046, § 4º); b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, artigo 896, § 6º); e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho. II – para os fins do artigo 489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*). III – não ofende o artigo 489, § 1º, inciso IV do CPC a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame haja ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante. IV – o artigo 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula. V – decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no artigo 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada. VI – é ônus da parte, para os fins do disposto no artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar precedente ou enunciado de súmula.

É um artigo bastante extenso, é verdade. E aqui já se pode notar a utilização da expressão *ratio decidendi* também pelo TST a fim de qualificar as súmulas e orientações jurisprudenciais que deverão ser objeto de argumentação e observação obrigatória na fundamentação das decisões judiciais. Porém, o que isso significa?

Significa que o advogado e o juiz agora precisarão estar ainda mais atentos. Para verificar o corpo da fundamentação das decisões proferidas com *status* de paradigma judicial obrigatório dos Tribunais a fim de encontrar a razão ou as razões determinantes que levaram até a decisão que foi tomada pelo Tribunal prolator.

Não basta a mera enunciação da súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal. Será preciso argumentar porque os fundamentos determinantes que foram usados para resolver casos anteriores e permitiram a criação da súmula ou orientação jurisprudencial servem para a solução do caso concreto imediato que estiver sendo julgado.

Os argumentos que não foram essenciais à tomada de decisão pelo Tribunal que editou a súmula, a orientação jurisprudencial ou qualquer outro paradigma judicial obrigatório (“precedente”) não se enquadram como *ratio decidendi*. Esses argumentos laterais, isto é, não essenciais, são conhecidos pela expressão plural *obiter dicta* ou *obiter dictum* no singular.

Então, IRR, IRDR e IAC são espécies do gênero paradigma judicial obrigatório ou “precedentes” de acordo com a peculiar classificação proposta pelo TST em 2016. São diferentes ferramentas com as quais o advogado vai ter que se acostumar a trabalhar para lidar com esse novo sistema de vinculação às decisões proferidas pelos Tribunais. Aliás, nesse contexto, qual é a diferença entre o antigo IUJ, o IRR, o IAC e o IRDR?

O leitor provavelmente já sabe que em 2014 a Lei n. 13.015 alterou o sistema recursal da CLT acrescentando, entre outros diversos dispositivos, os parágrafos 4º, 5º e 6º ao artigo 896 que disciplina o cabimento do recurso de revista para o TST. Na época, a Presidência do TST editou o Ato 491 a fim de regulamentar a aplicação da Lei n. 13.015/2014 no processo recursal trabalhista.

Também é bem provável que o leitor se recorde do conturbado momento político que o Brasil vivenciava naquele período. O fato é que, depois das eleições presidenciais de 2014, não se sabia ao certo sequer se a presidente da República conseguiria ou não se manter no cargo quanto menos se o texto do novo CPC seria realmente aprovado e sancionado. De fato, a Lei n. 13.105 de 2015 acabou virando realidade e o Brasil passou a contar com um novo CPC.

Como a Lei n. 13.015/2014 é anterior ao CPC de 2015, a CLT ainda continuava fazendo referência ao CPC de 1973. No que tange ao tema deste capítulo, a CLT continuava se referindo ao incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ). O CPC de 2015, porém, não mencionava mais o IUJ. Em seu lugar, com o novo *status* de paradigma judicial obrigatório, estava o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Em 2016, na IN 39, o TST afirmou que as regras do IRDR são aplicáveis supletiva e subsidiariamente ao processo do trabalho. E na IN 40 o TST chegou a se posicionar em relação à manutenção do IUJ mesmo após a sua supressão do novo CPC em razão dos parágrafos 3º a 6º do artigo 896 da CLT. Com a revogação desses dispositivos pela Lei n. 13.467/2017, o TST deverá rever esse posicionamento.

Antes disso, ainda em 2015, o TST editou as instruções normativas 37 e 38. A IN 37/2015 tratou da instauração do IUJ no TRT de origem do recurso de revista por iniciativa do próprio TST, quando o TST tomasse conhecimento da existência de divergência interna no TRT de origem acerca da mesma matéria de direito objeto de recurso de revista ao TST. Desse modo, a IN 37 disciplinava esse procedimento quando ocorresse a situação mencionada no tópico anterior, por exemplo, na edição da Súmula 66 pelo TRT da 4ª Região. Já a IN 38/2015 explicitou o procedimento de tramitação do incidente de recurso repetitivo (IRR), isto é, do recurso de revista repetitivo no âmbito do TST.

Portanto, conforme simplifica o artigo 928 do CPC, casos repetitivos são um gênero que engloba tanto o IRDR no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, TJs e TRFs, como o IRR nos Tribunais Superio-

res, recurso de revista repetitivo no TST, recurso especial repetitivo no STJ e recurso extraordinário repetitivo no STF.

Em razão da atualidade do tema, o IRDR foi inclusive objeto de questionamento no I Concurso Nacional da Magistratura Trabalhista em 2017, assim como o IAC e o IRR que também foram exigidos dos futuros juízes do trabalho. E afinal em que consiste o IAC?

O incidente de assunção de competência (IAC) também serve para formar um paradigma judicial obrigatório. Uma tese jurídica que precisará ser observada na fundamentação de casos atuais suspensos e futuros com a mesma matéria de direito sendo discutida.

A principal diferença em relação ao IRDR e ao IRR é que o IAC prescinde da repetição de demandas para a formulação da tese formalmente vinculante. Um órgão de composição maior do que aquele que faria o julgamento originariamente assume a competência do julgamento a fim de prevenir divergências e formar um paradigma judicial obrigatório a despeito da ausência de repetição atual de ações sobre a mesma matéria de direito afetada pelo Tribunal. O IAC é cabível em todos os Tribunais.

E como o advogado e o juiz devem trabalhar com esses novos paradigmas judiciais obrigatórios? Este é o tema do terceiro e último tópico que se inicia logo abaixo.

Como se deve trabalhar e lidar com paradigmas judiciais obrigatórios dos Tribunais no Brasil

O início e o fim do segundo semestre de 2017 foram muito marcantes para o Direito do Trabalho e para o Processo do Trabalho.

A ampla transformação inaugurada pela Lei n. 13.467/2017 foi publicada em julho. E em novembro, além da peculiar Medida Provisória 808, o TST publicou a Resolução 1937 com o novo Regimento Interno do TST já de acordo com o novo CPC e a lei da reforma trabalhista. Mudanças como os indicadores da transcendência do recurso de revista, a superação de entendimentos firmados em paradigmas judiciais obrigató-

rios, o IRDR e outras novidades foram regulamentadas pelo TST no seu novo RI que vale a pena ser lido.

Em uma palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4ª Região, precisamente sobre o tema dos precedentes judiciais vinculantes, a principal preocupação dos juízes e servidores públicos presentes na ocasião era a mesma que os colegas advogados têm externado em encontros promovidos pela OAB-RS e realizados pela ESA em algumas Subseções. Na prática, como saber o que é e o que não é vinculante? Como ter segurança diante dessa situação de incerteza quanto aos provimentos que são ou não vinculantes? Essa tem sido uma dúvida bastante recorrente.

E a resposta passa pelos pressupostos brevemente apresentados nos tópicos anteriores. Primeiro, que se o Brasil está ou não se aproximando das tradições do *Common Law*, essa questão de uma pretensa aproximação não é a questão mais importante. O princípio de que casos iguais merecem o mesmo tratamento jurisdicional não depende da inserção de um sistema jurídico na tradição de *Common Law* (como a Inglaterra, que há cerca de duas décadas tem até CPC) ou de *Civil Law* (como, respeitosamente, continua sendo a tradição brasileira).

Em segundo lugar, os mecanismos criados pela legislação para tentar dar conta do problema das demandas de massa e da consequente imprevisibilidade jurídica devem servir para promover o amplo debate sobre as questões de direito afetadas pelo Tribunal, cabendo inclusive sustentação oral. O paradigma judicial obrigatório não será aplicado em caso de distinção por qualquer juiz ou Tribunal ou superação do entendimento firmado pelo próprio Tribunal que editou o “precedente”.

Em princípio, *stare decisis* quer dizer que a decisão anterior deve ser mantida. Com o dever de manutenção dos entendimentos anteriormente firmados, os Tribunais no Brasil passarão a exigir maior peso argumentativo às decisões de distinção e superação de entendimentos já firmados em paradigma judicial obrigatório ou precedente.

Diante dessas premissas, o entendimento firmado no paradigma judicial obrigatório do Tribunal deverá ser consultado pelo advogado, juiz, servidor e demais operadores, no assim chamado Banco Nacional

de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR) do CNJ.

No BNPR, o profissional poderá encontrar as teses firmadas como paradigma judicial obrigatório em todos os Tribunais. Essa será sem dúvida uma excelente ferramenta para o uso cotidiano de todo profissional do Direito.

Com a reforma trabalhista em vigor, o advogado deverá estar tecnicamente preparado para pré-questionar a matéria de direito e cotejar as teses jurídicas dos embargos de declaração com o trecho do acórdão do recurso ordinário em que o Tribunal Regional do Trabalho se omitir em relação à tese jurídica que não for adotada pelo TRT. Só assim é possível discutir o cabimento ou não da tese não adotada pelo TRT no âmbito do TST. O advogado também deverá estar atento para mostrar que há transcendência para o TST.

Além dessas estratégias, o estudo profundo das circunstâncias fáticas do caso concreto para a demonstração de distinção, a análise da possível superação e mesmo da modulação de efeitos da revisão pelo Tribunal competente em face de um paradigma judicial obrigatório anteriormente firmado também são tarefas que deverão passar a integrar o trabalho cotidiano do advogado. No que tange à verificação do cabimento de ação rescisória ou de reclamação, além das importantes alterações promovidas no CPC de 2015 pela Lei n. 13.256/2016, o advogado igualmente terá que fazer uso argumentativo dessas técnicas de distinção, superação e modulação de efeitos.

Considerando-se as regras que preveem a observância obrigatória de paradigmas judiciais, e a autoridade do precedente como norma jurídica articulada ao sistema jurídico para garantia da liberdade, e, por consequência, da segurança jurídica e igualdade na prestação da tutela jurisdicional, a modulação dos efeitos da alteração ou da superação pelo Tribunal é uma medida que se impõe.

Se os Tribunais exercem papel cada vez mais proeminente na interpretação e reconstrução da norma jurídica, o que é verdadeiro, a enorme responsabilidade por essa acentuada função indica que não haja surpresa

na aplicação retroativa de entendimentos novos e contrários à posição anteriormente fixada. E reiteradamente afirmada de modo público e notório como paradigma judicial obrigatório ou precedente vinculante de um Tribunal.

Sabe-se que a mudança é conatural a tudo que existe, inclusive ao Direito. No entanto, a norma jurídica não pode ser aplicada retroativamente pelo Poder Judiciário mediante alteração ou superação de paradigmas ou precedentes. Daí advém o dever de modulação desses efeitos para promoção da confiança e da previsibilidade do Direito. Afinal, nunca é demais lembrar: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A dignidade da pessoa humana está no livre desenvolvimento da sua personalidade. Na possibilidade de fazer escolhas juridicamente orientadas. Porque, sem saber quais são as consequências jurídicas que se ligam aos seus atos, e sem poder antever de modo plausível quais os efeitos jurídicos que são imputáveis à sua própria vida no momento, o ser humano não pode se desenvolver de forma completa. E muito menos desenvolver todo o seu potencial como uma pessoa digna.

A confiança do jurisdicionado na manutenção do paradigma obrigatório ou da norma jurídica do precedente precisa ser respaldada pelo Tribunal prolator no momento de sua alteração ou revisão. É nesse sentido que se opera a eficácia prospectiva mediante modulação dos efeitos da modificação ou da superação do paradigma ou do precedente apenas para o futuro.

Considerações finais

O objetivo central deste artigo foi resumir o arsenal de ferramentas com as quais advogado, juiz, servidor e demais operadores, deverão se acostumar para trabalhar com o sistema de paradigmas judiciais obrigatórios dos Tribunais.

A teoria da interpretação e o problema das demandas de massa foram destacadas no primeiro tópico para demonstrar a importância do

tema. No segundo tópico, foram salientados o IUJ, o IRDR e o IRR, além da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. E no terceiro tópico foi esclarecida a expressão *stare decisis* com destaque para o BNPR do CNJ que poderá se mostrar uma ferramenta bastante útil para auxiliar de maneira prática na identificação de “precedentes” ou paradigmas judiciais obrigatórios dos Tribunais.

Atuar na área trabalhista certamente não é nada fácil. Aliás, não há mais nada de simples no processo do trabalho há muito tempo. O advogado agora tem a responsabilidade de encontrar, conectar e arguir e o juiz de fundamentar a relação de evidência, semelhança ou de distinção em face de paradigmas judiciais obrigatórios, considerando inclusive a potencial e progressiva identificação de verdadeiros precedentes como efetiva norma jurídica derivada da atuação dos Tribunais e reconhecida pela comunidade jurídica no Brasil.

O momento atual é de reflexão e muitas dúvidas diante de problemas conhecidos no Direito brasileiro. O sistema processual busca novas soluções para tentar mudar. Principalmente para poder dar cabo do insustentável e preocupante número de demandas judiciais que aumenta a cada dia no país. Ao mesmo tempo, as modificações processuais almejam proporcionar tratamento igualitário, segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados e militantes da Justiça do Trabalho.

Para ser sustentável, o sistema jurídico depende de confiança e o poder precisa ser controlado por meio da intersubjetividade da linguagem que é acessível publicamente. Isso só é possível com fundamentação exaustiva das decisões judiciais e parâmetros de controle da decisão judicial que permitam o amplo contraditório com segurança jurídica.

Referências

BRANDÃO, Cláudio. *Reclamação constitucional no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

CHAPPER, Alexei Almeida. *“Precedentes” no Processo do Trabalho: da interpretação ao paradigma judicial obrigatório*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2017. 252 f.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.

INTERPRETAÇÃO E HETEROINTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

Maurício de Carvalho Góes*

Denise de Oliveira Horta**

O presente artigo pretende analisar a aplicação das normas de Direito Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, optou-se por limitar a análise às oito Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), definidas pela própria OIT como as mais significativas, constituindo-se em normas basilares do Direito Internacional do Trabalho. O artigo englobará Convenções ratificadas e não ratificadas pelo Estado brasileiro, já que, entre as Convenções Fundamentais, há sete ratificadas e uma não ratificada.

O estudo ora proposto justifica-se tanto do ponto de vista jurídico quanto do social. Em termos jurídicos, buscará apresentar soluções hermenêuticas para a utilização das Convenções Fundamentais pelos operadores do Direito no Brasil; socialmente, a ampliação da aplicação das referidas Convenções em âmbito nacional poderá representar mais justiça social. As Convenções da OIT são instrumentos que materializam a missão histórica dessa entidade. Assim, ao buscar a aplicação mais efetiva

* Advogado sócio do Escritório TozziniFreire Advogados. Doutor em Direito pela Unisinos, mestre em Direitos Fundamentais pela Ulbra, especialista em Direito do Trabalho pela Unisinos. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Escola de Direito da PUCRS (graduação e pós-graduação). Membro titular da cadeira 33 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

** Pós-graduanda na Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na PUCRS. Bacharel em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

e consistente das Convenções em âmbito nacional, o presente trabalho pretende colaborar com a nobre missão da OIT.

Ao aprovar a Declaração de 1998, a OIT buscou reforçar seus princípios constitucionais, com o objetivo de estimular e apoiar o desenvolvimento sustentável ao redor do mundo. A Organização entende que o crescimento econômico deve vir acompanhado de progresso social e equidade e, para tanto, emprega sua capacidade de cooperação técnica e sua ação normativa, tanto em escala global quanto regional. Desse modo, o presente texto espera contribuir com os objetivos da OIT, oferecendo subsídios aos juristas para a utilização das Convenções Fundamentais da OIT como ferramentas de promoção de justiça social.

Por fim, a relevância da temática ora abordada reside no fato de que, em tempos de dúvidas e inseguranças geradas pela entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), existe uma grande tendência que muitos juízes resgatem a tarefa hermenêutica inerente ao ofício judicante, razão pela qual será importante que os pensadores e profissionais do Direito estejam preparados para compreender e interpretar essa nova abertura de caminhos hermenêuticos por meio das disposições da OIT.

A Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais de 1998 e as Convenções Fundamentais da OIT

A Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais da OIT foi aprovada em 1998, após um grande debate institucional, na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, e “representou um divisor de águas na estratégia de regulação do trabalho adotada pela Organização desde sua criação em 1919” (Freitas Junior, 2014, p. 13). Foi um documento pioneiro, já que pela primeira vez a OIT utilizou o termo “direitos fundamentais”.

No fim do século XX, “a intensificação da globalização econômica delineou novos contextos nacionais e internacionais para as relações de trabalho, nos quais novas tecnologias, modo de produção, políticas eco-

nômicas e processos migratórios têm se tornado questões essenciais no debate acerca de como se garantir condições de trabalho dignas” (Gomes, 2014, p. 25). Foi nessa conjuntura que a OIT decidiu adotar a Declaração, como forma de se destacar no cenário internacional e de alcançar mais efetividade na promoção de seus objetivos primordiais.

Declaração tecnicamente não é tratado, pois não pode ser ratificada e não é vinculante; todavia, “[...] a ideia de declaração encerra uma peculiaridade de vital importância: aquilo que se declara não precisa ser constituído, é algo preexistente, cuja natureza e substância não se alteram pelo simples fato de ser declarado” (Gomes, 2014, p. 39). A Declaração “foi o resultado de uma decisão coletiva tripartite, solene e de consenso [...], com o objetivo de atualizar o comando de justiça social” (Barzotto, 2007, p. 118). Os Estados-membros reconheceram e se comprometeram a cumprir certos valores que são inerentes ao seu pertencimento à Organização, conforme determina o artigo 2º da Declaração (Martins, 2016, p. 357).¹ Assim, espera-se que os membros cumpram e apliquem os Princípios Fundamentais, independentemente de ratificação das convenções relativas.

Os Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho definidos na Declaração são: *a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito da negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação* (Martins, 2016, p. 357). “Ao declarar serem certos direitos trabalhistas fundamentais, a organização tinha como objetivo proteger esses direitos do questionamento econômico e político, enquanto ao mesmo tempo tornava sua atuação legítima” (Gomes, 2014, p. 29).

Ao definir os Princípios e Direitos Fundamentais, a OIT também estabeleceu as oito Convenções prioritárias para o Direito Internacional

¹ Artigo 2. [...] todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções.

do Trabalho, que têm papel relevante na promoção dos direitos humanos dos trabalhadores e nas quais estão positivados os referidos princípios. “Estas convenções passaram a se chamar Convenções fundamentais do trabalho [...]” (Barzotto, 2007, p. 104) e reafirmaram todas as dimensões históricas dos direitos humanos. Até a presente data, 141 dos 187 Estados-membros ratificaram todas as oito Convenções Fundamentais da OIT.

O *princípio da liberdade sindical e do efetivo direito de negociação coletiva* encontra-se materializado nas Convenções n. 87 (Liberdade de Associação Sindical e a Proteção do Direito Sindical) e n. 98 (Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva). Essas duas Convenções permanecem as menos ratificadas entre as Convenções Fundamentais, pendendo 33 ratificações para a Convenção n. 87 e 23 ratificações para a Convenção n. 98.

O movimento sindical foi, em grande medida, responsável pelo surgimento do Direito do Trabalho e de parte dos direitos sociais. “Devido à sua relevância na esfera das relações laborais, o princípio da liberdade sindical é ponto de partida e chegada para a concretização das demais liberdades e direitos fundamentais do trabalho. É direito a ser defendido para que os demais sejam promovidos” (Barzotto, 2007, p. 105). No conceito de Gilberto Stürmer (2007, p. 60-61), liberdade sindical é:

Direito de trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.

A Convenção n. 87 foi adotada pela OIT em 1948, na 31ª Conferência Internacional do Trabalho, entrando em vigor no plano internacional em 04/07/1950. Até o presente, foi ratificada por 154 países. Sua relevância para o Direito Internacional do Trabalho é ímpar, como destaca Arnaldo Süsskind (2000, p. 323): “E na reunião realizada na cidade norte-americana de São Francisco (1948) foi afinal aprovada a Convenção n. 87, considerada o mais importante tratado multilateral da OIT.” Os artigos² 2 e 3 são considerados os mais importantes da Convenção, pois são a expressão máxima da liberdade sindical (Martins, 2016, p. 360).

O Brasil não ratificou essa Convenção, em decorrência dos referidos artigos, pois admitem (não exigem) a pluralidade sindical, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988, que regula o direito sindical em seu artigo 8º, determinando a unicidade sindical no inciso II. “A unicidade sindical se caracteriza pela predominância do intervencionismo estatal, sendo os sindicatos constituídos conforme regras estabelecidas pelo poder público, o que importa na negação do princípio da liberdade sindical” (Vaz, 2016, p. 91).

O inciso II do artigo 8º da Constituição representa uma violação ao direito fundamental à liberdade sindical, uma vez que é contrário a diversos tratados internacionais de direitos humanos, instrumentos que o Brasil tem dever formal de cumprir, assim como desrespeita a Declaração de Direitos Humanos da ONU e a Declaração de Princípios Fundamentais da OIT, documentos detentores de obrigatoriedade material, pois estão no topo do ordenamento jurídico internacional, estabelecendo normas cogentes aos membros das referidas entidades. Nesse sentido, Andréa Vaz (2016, p. 89) afirma que:

² Artigo 2 - Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas. Artigo 3 - 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação. 2. As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.

A interpretação fornecida ao citado artigo não guarda consonância com os preceitos da democracia, respeito aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e sociais pregados ao longo do texto constitucional, como premissas maiores da nação. [...] O problema do Brasil é o comprometimento dos poderes na solução desse impasse.

Além disso, conforme explica Dinaura Gomes (2015, p. 242):

Desse modo, a unicidade sindical vem eliminando a liberdade individual de escolha do sindicato, o que afasta inclusive a possibilidade de conscientização dos trabalhadores para a auto-organização, ou seja, para a formação de grupos de interesses autênticos e homogêneos centrados efetivamente na defesa de suas reivindicações.

A Convenção n. 98³ foi adotada pela OIT em 1949, na 32^a Conferência Internacional do Trabalho, entrando em vigor no plano internacional em 18/07/1951 (Martins, 2016, p. 105). Até o presente, foi ratificada por 165 países. “Trata-se de norma internacional de grande relevância, pois estabelece a proteção contra atos atentatórios à liberdade e à atividade sindical, com destaque à proibição dos chamados *atos antis-sindicais*” (Garcia, 2014, p. 391, grifo do autor). O direito à negociação coletiva é uma consequência da liberdade sindical e a sua importância está traduzida na elevação ao *status* de princípio fundamental das relações de trabalho. Sobre essa Convenção, afirma Barzotto (2007, p. 105):

A Convenção número 98 – Direito de sindicalização e de negociação coletiva (1949) – estipula proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical. Esta convenção busca promover a negociação coletiva, típica técnica de resolução de conflitos coletivos entre empregado e empregador, que representa a aceitação pelo Estado da autonomia privada coletiva.

De acordo com a OIT (2014, p. 31), a negociação coletiva é um meio de garantir que empregados e empregadores celebrem acordos ou

³ No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 27/08/1952, ratificada em 18/11/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 29/06/1953, sendo sua vigência nacional a partir de 18/11/1953 (Martins, 2016, p. 105).

convenções coletivas em situação de igualdade, resultando em normas coletivas justas e equitativas.

No Poder Judiciário brasileiro são raras as decisões cujo embasamento está calcado em Convenções da OIT. A seguir, apresenta-se um julgado do TST (2012), em sede de Recurso de Revista, decidido com fundamento na Convenção n. 98:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – CONDUTA ANTISSINDICAL – DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DE PARTICIPANTE DE GREVE – CONVENÇÃO N. 98 DA OIT – INTEGRAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO – INDENIZAÇÃO POR PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. A questão objeto do recurso refere-se diretamente ao disposto na Convenção n. 98 da OIT, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva. *Nesse aspecto, embora ainda não seja habitual a utilização de normas de direito internacional como causa de pedir de pretensões trabalhistas, ou como fundamento de sentenças e acórdãos proferidos, a aplicabilidade dessas normas para solução das controvérsias judiciais está consagrada, não havendo dúvidas quanto à vigência e eficácia dos diplomas internacionais ratificados pelo Congresso Nacional.* As decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional das normas estabelecidas no Pacto de San José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando na incorporação à legislação interna dos diplomas internacionais ratificados. Os precedentes alusivos ao Pacto de San José da Costa Rica marcam o reconhecimento dos direitos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais como normas de *status* supralegal, isto é, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. A afirmação do direito fundamental à liberdade sindical, para sua plenitude e efetividade, importa na existência e utilização de medidas de proteção contra atos antissindiciais. De acordo com a Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 49/52, todos os trabalhadores devem ser protegidos de atos discriminatórios que atentem contra a liberdade sindical, não só referentes à associação ou direção de entidades sindicais, mas também quanto à participação de atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica, conforme se destaca da redação do artigo 1º da aludi-

da convenção. Nessa medida, a decisão do 12º Tribunal Regional do Trabalho, em que aplicou, analogicamente, a Lei n. 9.029/95 para punir e coibir o ato antissindical da reclamada, que demitira por justa causa dezoito trabalhadores que participaram de greve, revela a plena observação do princípio da liberdade sindical e da não discriminação, e consagra a eficácia plena do artigo 1º da Convenção n. 98 da OIT no ordenamento jurídico, no sentido de promover a proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical (grifo nosso).

Conforme trecho grifado, o próprio relator reconhece a reduzida aplicação das normas internacionais nas decisões judiciais. No caso em tela, trata-se de clara conduta antissindical por parte do empregador, que despediu 18 empregados participantes de greve por justa causa, enquadrando-se nas proibições da Convenção n. 98.

O *princípio da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório* se efetiva nas Convenções n. 29 (Trabalho Forçado ou Obrigatório) e n. 105 (Abolição do Trabalho Forçado). “A Convenção n. 29, de 1930, surgiu na OIT como preocupação sobre os povos colonizados, enquanto a Convenção n. 105, de 1957, surgiu de um movimento pós-guerra [...]” (Barzotto, 2007, p. 110). De acordo com a OIT (s.d., online):

O trabalho forçado é um *fenômeno global e dinâmico*, que pode assumir diversas formas, incluindo a servidão por dívidas, o tráfico de pessoas e outras formas de escravidão moderna. Ele está presente em todas as regiões do mundo e em todos os tipos de economia, até mesmo nas de países desenvolvidos e em cadeias produtivas de grandes e modernas empresas atuantes no mercado internacional.

Embora a OIT não use o termo “trabalho escravo”, o trabalho forçado pode ser considerado “análogo à escravidão” ou “escravidão contemporânea”, também podendo ser caracterizado pelo trabalho degradante. Isabela Flaitt (2014, p. 270) explica que:

Essas formas modernas de escravidão, embora não sejam realizadas explicitamente, mas sim de forma simulada, se constituem em modalidades de superexploração do trabalho humano, acarretan-

do a indignidade das condições em que a prestação dos serviços é realizada, podendo haver coações físicas, psicológicas e morais, como, por exemplo, ameaças de penalidades, servidão por dívidas (*truck system*), local de trabalho isolado e de difícil acesso, para dificultar as fugas das vítimas (locais sempre vigiados com vigilância ostensiva).

A Convenção n. 29⁴ foi aprovada pela 14^a Conferência Internacional do Trabalho, em 1930, tendo vigência internacional desde 01/05/1932 (Martins, 2016, p. 49). Já foi ratificada por 178 membros da OIT, sendo a segunda em número total de ratificações. O artigo 2º, § 1, da Convenção⁵ define trabalho forçado e os artigos seguintes excluem do conceito de trabalho forçado ou obrigatório algumas modalidades, como, por exemplo, serviço militar obrigatório, trabalho exigido como decorrência de condenação judicial, trabalho exigido em situações de guerra ou calamidade, serviço comunitários considerados como obrigações cívicas (Martins, 2016, p. 50).

A Convenção n. 105⁶ foi aprovada pela 40^a Conferência Internacional do Trabalho, em 1957, tendo vigência internacional desde 17/01/1959. Já foi ratificada por 175 membros da OIT (Martins, 2016, p. 135). O artigo 1º da Convenção⁷ apresenta as formas de trabalho

⁴ Sua aprovação pelo Congresso Nacional brasileiro deu-se pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29/05/1956, a ratificação ocorreu em 25/04/1957, a promulgação em 25/06/1957, pelo Decreto n. 41.721, e a vigência nacional adveio em 25/04/1958.

⁵ Artigo 2º. 1. Para os fins da presente convenção, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

⁶ Sua aprovação pelo Congresso Nacional brasileiro deu-se pelo Decreto Legislativo n. 20, de 30/04/1965, a ratificação ocorreu em 18/06/1965, a promulgação em 14/07/1966, pelo Decreto n. 58.822, e a vigência nacional adveio em 18/06/1966.

⁷ Artigo 1º. Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

forçado que devem ser banidas dos Estados ratificantes, estabelecendo situações em que o trabalho é usado como forma de sanção (Martins, 2016, p. 135-136). Como colocado por Martha Schmidt (2014, p. 283): “Como se vê, a conceituação decorrente da Convenção n. 105 visa à proteção das pessoas que seriam alvo do trabalho forçado, aplicado como meio de obtenção de um resultado [...]”.

A título exemplificativo, reproduz-se a seguir trecho de acórdão proferido pelo TST (2017), no qual o relator menciona as razões do recurso de revista apresentado pelo Ministério Público do Trabalho, cuja fundamentação faz referência às Convenções da OIT relativas ao trabalho forçado:

Nas razões do recurso de revista, o Ministério Público do Trabalho sustenta que o eg. Tribunal Regional, ao reconhecer as condições degradantes de trabalho a que eram submetidos os empregados, mas reduzir o valor da indenização por danos morais coletivos (de duzentos para cem mil reais) ao fundamento de que não constatadas as condições de trabalho análogas à escravidão, violou o artigo 149 do Código Penal, pois deixou de conferir vigência ao dispositivo legal segundo o qual a imposição de condições degradantes de trabalho importa em caracterizar o trabalho análogo ao de escravo. Ressalta que as condições degradantes encontradas no local de trabalho são fato incontroverso, limitando-se a controvérsia à caracterização dessas condições como análogas à escravidão, de modo a alterar o valor da condenação imposta aos danos morais coletivos. Indica violação dos arts. 1º, III e IV, 5º, III, X, XLVII, 6º e 7º, todos da Constituição Federal. *Além de afronta aos referidos dispositivos constitucionais, acresce que a decisão recorrida vai de encontro às Convenções 29 e 105 da OIT.* Em relação ao valor, considera que, com a redução promovida pelo eg. Tribunal Regional, não foram respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo sido violados os arts. 927 e 944 do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal (grifo nosso).

Neste caso, o TST deu provimento ao recurso do MPT, caracterizando o trabalho como análogo à escravidão e aumentando o valor da condenação do empregador por danos morais coletivos. Percebe-se no trecho grifado que o MPT apenas refere-se às Convenções, sem aprofundar seu conteúdo como fundamentação jurídica do recurso.

O *princípio fundamental da abolição do trabalho infantil* se concretiza nas seguintes Convenções: n. 138 (Idade Mínima para Admissão) e n. 182 (Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação). “As questões relacionadas ao trabalho infantil supõem a ausência de liberdade e de igualdade no trabalho, visto que a autonomia para o trabalho só é possível a partir de certo grau de desenvolvimento” (Barzotto, 2007, p. 116).

A preocupação com o trabalho infantil está presente desde as primeiras Convenções da OIT, que já estabeleciam uma idade mínima para o trabalho, tendo em vista que no fim do século XIX e início do XX a exploração da mão de obra infantil era uma realidade em muitos países. A OIT (s.d., online) declara que:

O trabalho infantil é ilegal e priva crianças e adolescentes de uma infância normal, impedindo-os não só de frequentar a escola e estudar normalmente, mas também de desenvolver de maneira saudável todas as suas capacidades e habilidades. Antes de tudo, o trabalho infantil é uma grave violação dos direitos humanos e dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, representando uma das principais antíteses do trabalho decente.

O trabalho infantil é causa e efeito da pobreza e da ausência de oportunidades para desenvolver capacidades. Ele impacta o nível de desenvolvimento das nações e, muitas vezes, leva ao trabalho forçado na vida adulta. Por todas essas razões, a eliminação do trabalho infantil é uma das prioridades da OIT.

A Convenção n. 138 foi adotada na 58ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1973, tendo entrado em vigor no plano internacional em 19/06/1976. Foi ratificada por 170 Estados-membros. A Convenção n. 138 é a consolidação de diversas outras Convenções anteriores que regravam a idade mínima em diferentes indústrias ou setores da economia. Segundo Barzotto (2007, p. 116):

A questão da erradicação do trabalho infantil é um problema social que diz respeito à política e à economia e, também, ao direito. O trabalho das crianças é explicado, não só pela permissividade

do direito e pela ausência de fiscalização das normas proibitivas, como também pelas necessidades da família da criança.

A Convenção n. 182⁸ é a que atingiu maior número de ratificações até hoje: 181 Estados, restando apenas seis para que atinja o total de membros da OIT (Martins, 2016, p. 338). Foi aprovada na 87ª Conferência Internacional do Trabalho, com vigência internacional a partir de 19 de novembro de 2000. O artigo 3º da Convenção⁹ apresenta a definição das piores formas de trabalho infantil (Martins, 2016, p. 339). Rufaro Mavunga (2013)¹⁰ explana as diferenças entre as duas Convenções:

Uma das diferenças mais marcantes entre a Convenção 182 e a Convenção 138 é que a Convenção 138 menciona indústrias específicas, como mineração, pedreiras, manufatura, construção, eletricidade, gás e água. A Convenção 182 refere, em termos mais gerais, a escravidão, tráfico, recrutamento militar forçado/compulsório, prostituição infantil, e tráfico de drogas. A Convenção 138 categoriza indústrias que não são ilegais *per se*. A Convenção 182 categoriza atividades que são ilegais e constituem atividade criminal em quase todos os países (tradução dos autores).

⁸ No ordenamento jurídico pátrio, sua aprovação ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14/12/1999, a ratificação foi em 02/02/2000, a promulgação se deu pelo Decreto n. 3.597, de 12/09/2000 e a vigência nacional em 02/02/2001.

⁹ Artigo 3. a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

¹⁰ No original: "One of the most striking differences between Convention 182 and Convention 138 is that Convention 138 mentions specific industries, such as mining, quarrying, manufacturing, construction, electricity, gas and water. Convention 182 refers, in more general terms, to slavery, trafficking, forced/compulsory military recruitment, child prostitution, and drug trafficking. Convention 138 categorizes industries that are not illegal *per se*. Convention 182 categorizes activities that are illegal and constitute criminal activity in nearly every country".

Na Ação Civil Pública, cuja ementa do acórdão do TST (2017) é reproduzida abaixo, o Ministério Público do Trabalho pugna pela condenação do reclamado ao pagamento de dano moral coletivo por exploração de trabalho infantil em condição degradante análoga à de escravo:

ACÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHADOR DOMÉSTICO. EXPLORAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. TRABALHO DEGRADANTE. CONDIÇÃO ANÁLOGA AO TRABALHO ESCRAVO. DANO INDIVIDUAL QUE SE IRRADIA PARA TODA A CATEGORIA DOMÉSTICA. POSSIBILIDADE. TRANSINDIVIDUALIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. I – No campo das relações de trabalho, ao Parquet compete promover a ação civil pública no âmbito desta Justiça para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, bem assim outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (arts. 6º, VII, “d”, e 83, III, da LC 75/93). [...] XXIII – *Impende considerar, por oportuno, que o trabalho infantil, exercido por menores abaixo da idade mínima legal, deve ser combatido com prioridade. Por isso mesmo, a Convenção n. 182 da OIT, ratificada pelo Brasil, assinala a idade mínima de admissão ao emprego e proíbe as piores formas de trabalho infantil.* [...] Dessa forma, a prática de trabalho infantil doméstico aliada à condição degradante e análoga ao trabalho escravo, ainda que direcionada a uma vítima em particular, representa nítido dano moral coletivo, na medida em que a lesão sofrida se irradia de forma difusa e generalizada para toda a categoria dos trabalhadores domésticos. XXVI – Trata-se, pois, de interesse metaindividual, de indiscutível relevância social, na medida em que a prática do empregador, consistente em contratar menor para a prestação de trabalhos domésticos, sem contraprestação salarial e submissão aos maus tratos e regime de escravidão gera graves prejuízos à sociedade de uma forma generalizada. XXVII – Com isso, uma vez configurado o potencial dano à coletividade, a decisão regional que propendeu pela sua não ocorrência viola o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição. XXVIII – Inviável, no mais, avançar sobre a fixação do valor da indenização pelo dano imaterial, uma vez que ele não fora reconhecido nem em primeiro nem em segundo grau de jurisdição, impondo-se, assim, o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para que o árbitro como entender de direito. XXIX – Recurso de revista conhecido e provido (grifo nosso).

Ainda que da decisão conste menção à Convenção n. 182, percebe-se que é apenas uma referência e não a principal fundamentação do acórdão, como ocorre na maioria das (poucas) decisões do judiciário nacional que fazem alusão às Convenções da OIT.

A *eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação* está positivada nas Convenções n. 100 (Igualdade de Remuneração para a Mão de Obra Masculina e a Feminina por um Trabalho de Igual Valor) e n. 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação). Para a OIT (s.d., online):

A pobreza está diretamente relacionada aos níveis e padrões de emprego, assim como às desigualdades e à discriminação existentes na sociedade. Além disso, as diferentes formas de discriminação estão fortemente associadas aos fenômenos de exclusão social que dão origem à pobreza e são responsáveis pelos diversos tipos de vulnerabilidade e pela criação de barreiras adicionais para que as pessoas e grupos discriminados superem a situação de pobreza.

As principais formas de discriminação no emprego ocorrem por questões de gênero e cor, que tendem a ser determinantes no acesso ao emprego, nas condições de trabalho e mesmo na possibilidade de permanência no emprego. Grupos sujeitos a exclusão social também são mais vulneráveis no âmbito do trabalho, criando um círculo vicioso que impede o desenvolvimento dessas pessoas. Patrícia Bertolin e Fabiana Kamada (2014, p. 68) entendem que:

O ambiente de trabalho é um meio bastante propício para a ocorrência de práticas discriminatórias, justamente pela relação desigual entre as partes. Tais práticas podem ocorrer antes, durante e após a contratação – e por ato de diversos agentes; não apenas pelo empregador. Diante dessa realidade, é decorrência que o Direito do Trabalho proíba a discriminação, protegendo o trabalhador e mantendo o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado.

A Convenção n. 100¹¹ foi aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1951, e entrou em vigor no plano inter-

¹¹ No Brasil, teve sua aprovação pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 24, de 29/05/1956, a ratificação ocorreu em 25/04/1957, a promulgação foi pelo

nacional em 23/05/1953 (Martins, 2016, p. 110). Foi ratificada por 173 Estados. “Embora a Convenção n. 100 possa ser aplicável a outras formas de desigualdade de remuneração, sua gênese tem origem na desigualdade salarial entre homens e mulheres, que é considerado como um problema internacional crônico pela OIT.” (Thome, 2014, p. 55). Desde as suas primeiras Convenções, a OIT sempre teve a preocupação com as mulheres no mundo do trabalho. De acordo com Thome (2014, p. 53):

Ao longo do tempo, os objetivos da OIT foram se amoldando à inserção das mulheres como sujeito histórico e como sujeito no mercado de trabalho que tem os mesmos direitos que os trabalhadores homens. Diante disso, a OIT passou a tratar a questão da mulher sob um enfoque de gênero.

Merece destaque o artigo 1º, alínea *a*, da Convenção n. 100¹², que define que a igualdade entre homens e mulheres se refere à remuneração, ou seja, salário básico e todas as vantagens adicionais (Martins, 2016, p. 110).

A Convenção n. 111¹³ foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em 1958, e entrou em vigor no plano internacional em 15/06/1960 (Martins, 2016, p. 149). Foi ratificada por 175 Estados. Barzotto (2007, p. 112) explica:

Qualquer distinção, exclusão ou preferência, baseada em motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento é vista como discriminação. Os preceitos da Convenção são válidos tanto para a admissão no emprego, como para condições de trabalho e acesso aos meios de formação profissional.

Decreto n. 41.721, de 25/06/1957, entrando em vigência nacional em 25/04/1958.

¹² Artigo 1 — Para os fins da presente convenção: a) o termo ‘remuneração’ compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último; [...].

¹³ No Brasil, teve sua aprovação pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 104, de 24/11/64, a ratificação ocorreu em 26/11/1965, a promulgação foi pelo Decreto n. 62.150, de 19/01/1968, entrando em vigência nacional em 26/11/1966.

Entre as Convenções pesquisadas, esta é a que encontra maior aplicação na jurisprudência nacional, como, por exemplo, no acórdão em recurso ordinário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (2016), que segue:

DANOS MORAIS. RACISMO. CONVENÇÃO 111 DA OIT. A Constituição Federal estabelece como fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e constitui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e repudia, em diversos dispositivos, a discriminação de qualquer espécie. Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão que estabelece como discriminatória “toda distinção, exclusão ou referência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. Prova documental e oral que confirmam que a empregadora e a tomadora de serviços permitiram a ocorrência de fato ofensivo ao autor no ambiente de trabalho (deixada uma banana com um bilhete endereçado ao empregado). Conduta que se considera gravemente lesiva a direitos da personalidade do recorrido e que, inclusive pode, em tese, ser considerada crime de racismo, delito inafiançável e apenado com reclusão (artigo 5º, XLII, CF e artigo 20 da Lei n. 7.716/89). Sofrimento e o abalo emocional resultantes da situação em foco que restaram comprovados, tal como prevê os arts. 187 e 927 do Código Civil, c/c artigo 5º, X da CF/88, sendo cabível a condenação das rés no pagamento de indenização por danos morais.

O relator fundamenta o voto na Convenção n. 111, demonstrando a viabilidade de uso das normas de OIT quando essas forem as mais adequadas ao caso concreto. A discriminação, sobretudo racial, ainda é muito presente no Brasil, sendo dever daqueles que atuam nas ciências jurídicas coibir e punir todo e qualquer tipo de discriminação.

Heterointegração das convenções ratificadas e não ratificadas: proposta hermenêutica

Este tópico tem por objetivo explicar a internalização das normas de Direito Internacional do Trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do processo constitucional que leva à ratificação, bem como o controle de convencionalidade, que deverá ser exercido após a ratificação. Ademais, apresenta uma proposta hermenêutica para ampliar a utilização destas normas no Direito pátrio. O Brasil ratificou sete das oito Convenções Fundamentais da OIT; contudo, apesar do número significativo de ratificações, a aplicação delas no país ainda é extremamente restrita. De acordo com Eduardo Gomes e Andréa Vaz (2015, p. 158):

[...] normalmente a aplicabilidade de determinada convenção da OIT no Brasil acontece como fundamento para a aplicação de uma norma interna. Nesse sentido, percebe-se que há certo equívoco do poder judiciário; de modo geral, deveria ser justamente o contrário: ante a falta de legislação específica, aplicar uma convenção da OIT para fundamentar e assegurar direito fundamental ao trabalhador.

As decisões judiciais cuja fundamentação se baseia nas Convenções Fundamentais da OIT são pouco frequentes no judiciário nacional. “Ainda se prescinde de uma aplicação direta e desinibida do arsenal legal internacional no Brasil, o que certamente proporcionará maior concretização do direito ao trabalho e de forma decente” (Gomes; Vaz, 2015, p. 165). Dessa forma, faz-se necessária a busca por soluções hermenêuticas capazes de embasar a utilização das Convenções Fundamentais da OIT por todas as esferas do sistema jurídico nacional: Advocacia Pública e Privada, Ministério Público e Poder Judiciário.

No ordenamento jurídico brasileiro, a integração dos tratados internacionais é regrada pela Constituição Federal, que determina uma sucessão de atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo para a conclusão de um tratado internacional. “A conjugação da vontade do Parlamento com a vontade do Executivo para completar o processo de celebração

de tratados no Brasil é decorrência da *teoria dos atos complexos*, onde a vontade de uma parte é *necessária*, mas não *suficiente*” (Mazzuoli, 2013, p. 1022, grifo do autor). A Constituição estabelece as competências relativas aos tratados nos artigos 49 e 84.

A competência do artigo 84 é privativa, ou seja, pode ser delegada. De regra, a celebração de tratados é feita por plenipotenciários, que recebem do presidente da República, com referendo do ministro das Relações Exteriores, uma carta de plenos poderes. “Celebrar tratados significa negociá-los e assiná-los” (Mazzuoli, 2013, p. 1242). A assinatura não vincula o Estado, configurando apenas um aceite precário e provisório do conteúdo do tratado. “Seu valor é quase sempre *ad referendum*, necessitando do aval posterior do Estado que se expressa por meio da ratificação” (Mazzuoli, 2013, p. 1242). Para que a ratificação tenha validade, é imprescindível a aprovação do Congresso Nacional, conforme explica Mazzuoli (2013, p. 357):

Da leitura dos artigos transcritos é possível perceber que a vontade do Executivo, manifestada pelo presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais.

A aprovação do tratado pelo Congresso Nacional se dá por meio de Decreto Legislativo. “O decreto legislativo é espécie normativa primária, de hierarquia legal, integrante do processo legislativo, privativa do Congresso Nacional, para o trato de matérias de sua competência exclusiva” (Paulo; Alexandrino, 2010, p. 558). Esse tipo de espécie normativa não requer a sanção presidencial. Após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, o Presidente está autorizado a ratificar o documento.

A ratificação é ato jurídico internacional, discricionário do Chefe do Executivo. Ratificado o tratado pelo Presidente, o instrumento de ratificação deve ser depositado no órgão competente, momento em que o tratado passa a ter efeitos para o Estado. Para Mazzuoli (2013, p. 1243):

É a ratificação a fase mais importante e necessária do processo de conclusão dos tratados, pois é por meio dela que tais acordos se convertem em obrigatórios para os Estados, após a troca ou depósito dos seus instrumentos em Estado ou órgão depositário que assuma a sua custódia.

Com relação à ratificação das Convenções da OIT, existe uma divergência doutrinária: parte da doutrina entende que após aprovação pelo Congresso, a ratificação pelo Executivo é obrigatória, por força do artigo 19, § 5º, alíneas *b* e *d*, da Constituição da OIT (Martins, 2016, p. 24).¹⁴ É uma exceção à discricionariedade que tem o Presidente de ratificar ou não os tratados aprovados pelo Congresso Nacional. Mazzuoli (2013, p. 233-254) esclarece que:

[...] uma vez submetidas ao Congresso nacional para aprovação, e uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do artigo 19, § 5º, b e d, da Constituição da OIT.

Em suma, a conclusão de um tratado internacional, no Brasil, se opera em quatro fases: 1) negociação e assinatura; 2) aprovação pelo Congresso Nacional; 3) ratificação pelo Presidente da República e 4) promulgação. As etapas 1 e 3 ocorrem no plano internacional, enquanto as 2 e 4 são internas. A promulgação é uma praxe antiga no Brasil, contudo não está prevista no rito estabelecido pela Constituição, estando o país obrigado a cumprir o tratado a partir da terceira etapa (ratificação).

Uma vez finalizado o processo de conclusão do tratado, o Brasil fica obrigado a seu cumprimento no plano internacional e no plano interno,

¹⁴ Artigo 19 [...] 5. Tratando-se de uma convenção: [...] b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza; [...] d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção; [...].

vinculando o Poder Judiciário, o qual deve exercer o controle de convencionalidade das normas internas. O controle de convencionalidade das leis “é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país” (Mazzuoli, 2009, p. 113-139).

O controle de convencionalidade é um tema bastante recente no Brasil, tendo sido abordado primeiramente por Valerio Mazzuoli em sua tese de doutorado pela UFRGS em 2008. Na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi referido pela primeira vez no caso *Almonacid Arellano e outros vs Chile*, cujo julgamento ocorreu em setembro de 2006. Na decisão, proferiu a Corte que:

[...] quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos (Mazzuoli, 2016, p. 84).

Mazzuoli (2009, p. 113-139) explica que “[...] a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo”. Os tratados ratificados obrigam o Estado brasileiro externamente, perante a sociedade internacional, e internamente, perante seus cidadãos. Não há sentido em um país obrigar-se por um tratado internacional se este não produzir efeitos no ordenamento jurídico interno.

Assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode ser exercido de forma difusa, pelos juízes e Tribunais, ou de forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal. Em seu voto-vista no julgamento do HC 87585 – TO no STF, aludiu o Min. Celso de Mello (2008):

Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequên-

cia, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico.

O controle difuso deriva do § 2º do artigo 5º da Constituição (1988). Destarte, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são materialmente constitucionais, com aplicabilidade imediata, possuindo *status* de norma constitucional. Esse é o entendimento de expressiva parte da doutrina nacional, sobretudo da área dos direitos humanos, como Cançado Trindade, Celso Lafer, Flávia Piovesan e Valerio Mazzuoli.

No entanto, é importante salientar que o atual entendimento do STF é de que os tratados de direitos humanos a que se refere o § 2º do artigo 5º da Constituição têm *status* supralegal, conforme voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343 – SP (STF, 2008), o qual sustenta “que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”. Para Mazzuoli (2016, p. 113), essa tese:

[...] peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético.

Já o controle concentrado se aplica apenas para os tratados que forem internalizados pela forma do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal (1988) (incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004). Esses tratados são materialmente e formalmente constitucionais, sendo equivalentes às emendas constitucionais; portanto, se entende que cabem as ações constitucionais, como ADI ou ADC, para declarar a convencionalidade ou a inconvencionalidade da norma interna.

Em julgado do TST (2016), de Embargos em Recurso de Revista, o Min. Augusto César Leite de Carvalho abordou o controle de convencionalidade, referindo a necessidade de adequação das normas coletivas do trabalho aos tratados internacionais, inclusive mencionando as Convenções Fundamentais da OIT:

A afinidade com os tratados internacionais de direitos humanos também não pode ser esquecida, dando ensejo ao que se tem denominado *controle de convencionalidade*. Sobressaem as oito Convenções Fundamentais da OIT, que tratam da liberdade de associação e negociação coletiva (Convenções 87 e 98), da eliminação do trabalho forçado (Convenções 29 e 105), da eliminação do trabalho infantil (Convenções 138 e 182) e da eliminação de condutas discriminatórias no ambiente de trabalho (Convenções 100 e 111).

A limitação do conteúdo da norma coletiva de trabalho, mediante controle judicial, não afeta a força ou relevância do princípio da autodeterminação coletiva, antes o fazendo consentâneo com uma característica comum a todas as normas jurídicas, qual seja, a de compatibilizarem-se com o programa normativo e superior de matriz constitucional e com as normas internacionais cogentes.

[...] Em suma, são muitos os ordenamentos que afirmam a inaptidão das normas coletivas para vulnerar direitos mínimos que, assegurados em lei ou em tratados internacionais, emprestam identidade e conteúdo jurídico ao princípio da dignidade da pessoa humana (grifo nosso).

Trata-se de discussão acerca da validade de cláusula proveniente de norma coletiva, que caracterizou a remuneração das horas *in itinere* como parcela indenizatória, quer dizer, se prevalece a autonomia da vontade coletiva ou a indisponibilidade de certos direitos. Decidiu o pleno do TST que, no caso em questão, não houve contrapartida suficiente que justificasse a renúncia de direitos pelos empregados, indeferindo, assim, os embargos.

Conforme estudado até aqui, as Convenções Fundamentais da OIT positivam os Princípios e Direitos Fundamentais, os quais traduzem as principais metas da Organização referentes à evolução do trabalho decente no mundo, imediatamente, e à busca de paz social, mediadamente.

O Brasil ratificou sete das oito Convenções Fundamentais. Por terem sido ratificadas antes da emenda constitucional n. 45/2004, nenhuma dessas Convenções foi aprovada pelo rito do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal; não obstante, todas são tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, pois foram assim definidas pela Declaração de 1998 da OIT e, portanto, se enquadram na regra do § 2º do artigo 5º, tendo, no mínimo, *status* supralegal (conforme entendimento do STF).

Apesar de toda a importância de que se revestem as Convenções Fundamentais, elas ainda carecem de aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, Gomes e Vaz (2015, p. 158-159) afirmam:

Há que se ponderar que a pesquisa nesse sentido é de fundamental importância, ademais demonstra que existe a necessidade de uma atuação mais equânime pelo poder judiciário. Da mesma maneira os magistrados necessitam entender que uma vez ratificada e internalizada determinada convenção da OIT pelo Brasil não há que haver receios em aplicá-la para assegurar direitos e garantias dos trabalhadores.

Os mesmos autores, em pesquisa de jurisprudência nos diversos Tribunais Regionais do Trabalho, no TST e no STF, concluíram que: “Para os Tribunais Regionais do Trabalho ainda há muito que se avançar, porém para tal importante é a atuação do Ministério Público do Trabalho e dos profissionais da advocacia que devem cada vez mais invocar as Convenções da OIT em suas demandas diárias”; ademais, sobre o TST: “A aplicabilidade das Convenções da OIT em nível de Tribunal Superior do Trabalho, ao que se observa, ainda é bastante tímida, porém, da mesma forma, houve a aplicabilidade de normas de preceitos fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa”; por fim, sobre o STF: “Nesse contexto, percebe-se que o STF ainda analisa muito pouco casos concretos envolvendo a aplicação das Convenções da OIT” (Gomes; Vaz, 2015, p. 169-172). Para Dinaura Gomes (2015, p. 241), cabe ressaltar que:

[...] levando-se em conta sua unidade como complexo normativo harmônico, a CRFB volta-se à plena realização da cidadania ao dispensar tratamento especial às normas internacionais de Direitos Humanos (artigo 4º, II), de modo a realçar a obrigação da

Nação brasileira perante a comunidade internacional de tornar efetivos desde logo os direitos nelas enunciados, por força do disposto em seu artigo 5º, § 2º, a impor aplicação imediata.

Diante do panorama exposto, buscou-se um método hermenêutico que fosse capaz de equacionar essas questões, chegando-se à teoria do diálogo das fontes ou heterointegração normativa. “Na heterointegração, que é o método mais progressista e consentâneo com o fenômeno da constitucionalização do direito, o intérprete promove o ‘diálogo das fontes normativas’ [...] contidas em diferentes subsistemas jurídicos” (Leite, 2015, p. 47). No entendimento de Valerio Mazzuoli e Georgenor Franco Filho (2016, p. 22):

É necessário assinalar, por oportuno, que, no que refere às convenções internacionais da OIT não aprovadas pela sistemática do especial § 3º do artigo 5º da Constituição da República, nada se altera em relação ao *status* constitucional (segundo nosso entendimento) ou supralegal (segundo o STF) que tais tratados já detêm no Direito brasileiro, o que permite aos Juízes do Trabalho, por meio do exercício do *diálogo das fontes*, aplicar as convenções mais benéficas de forma imediata, em detrimento da legislação infraconstitucional menos protetiva (em homenagem ao princípio *pro homine*) (grifo nosso).

A proposta hermenêutica que se apresenta – Diálogo das Fontes – é uma teoria originalmente desenvolvida por Erik Jayme, em Heidelberg, Alemanha, que foi trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques (2012, p. 9):

A complexidade do ordenamento jurídico, nacional e internacional, a multiplicação de leis regulando amplos setores da vida em sociedade, e as próprias transformações da vida cotidiana, das relações econômicas e interpessoais nestes tempos [...] são desafios constantes à permanente atualidade das leis e, por outro lado, da adequada coordenação na interpretação e aplicação destas fontes.

E acrescenta a referida professora:

A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na

aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI (Marques, 2012, p. 21).

Nesse mesmo sentido, o ministro Herman Benjamin (2012, p. 6) afirma: “O diálogo das fontes é um método de interpretação, de integração e de aplicação das normas, que contempla os principais desafios de assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe”. Bruno Miragem (2012, p. 80) comenta a particularidade da teoria:

A peculiaridade do método reside, justamente, na ordenação do procedimento de interpretação sistemática e na admissão apriorística da possibilidade de aplicação simultânea de normas distintas a um mesmo caso, em caráter complementar. Neste sentido, não apenas a certa interpretação da norma aplicável ao caso é considerada a mais adequada em vista da sua conformidade com o sistema normativo e o princípio da unidade do ordenamento jurídico. Do método do diálogo das fontes resulta certa norma aplicável, segundo determinada interpretação. Ou, ainda, em muitos casos, mais de uma norma aplicável ao mesmo fato, tudo legitimado pelo princípio da unidade do ordenamento, mas especialmente orientado pelo princípio da supremacia da Constituição.

A teoria do diálogo das fontes se relaciona perfeitamente com outros princípios importantes na efetivação da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito interno, como o princípio *pro homine* e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Relativamente ao princípio *pro homine*, leciona Valerio Mazzuoli e Franco Filho (2016, p. 19):

Assim, o que devem os juízes e tribunais do trabalho fazer é aplicar a norma (internacional ou interna) sempre mais favorável às pessoas protegidas, independentemente da hierarquia que se pretenda atribuir a um determinado instrumento internacional no plano interno. Por esse exato motivo é que a exegese contemporânea dos tratados de direitos humanos leva à aplicação do princípio *pro homine* e do ‘diálogo das fontes’ como meios não rígidos de solução de antinomias, pelos quais os juízes cotejam os textos das

normas internacionais e internas de proteção, ‘escutam’ o que elas dizem, e aplicam, no caso concreto, a norma que for mais benéfica para o ser humano de direitos.

Renato Rua de Almeida (2015, p. 160) destaca a correlação entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o diálogo das fontes:

É de se dizer, assim, que o método do diálogo das fontes vem completar a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, em especial a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e mais especificamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho [...].

Como derradeira colocação, se aduz a possibilidade de que se utilize a teoria do diálogo das fontes para aplicar a Convenção n. 87 – única das Convenções Fundamentais ainda não ratificada – no ordenamento jurídico brasileiro, já que a referida teoria se preocupa com o conteúdo teleológico da norma. Ainda que não ratificadas, pode-se abrir o diálogo para as normas internacionais, conforme pondera a Des. Tereza Gemignani (2012, p. 243-244):

[...] representação sindical, exercício do direito de greve e negociação/contratação coletiva devem ser analisadas sob a perspectiva da função promocional do direito, mediante o estímulo ao diálogo entre as fontes normativas. Portanto, questões afetas à representação e atuação dos sindicatos, extensão e limites dentre os quais se dá a liberdade sindical (e o arrastado debate acerca da ratificação da Convenção 87 da OIT) só serão equacionadas quando analisadas sob esta nova perspectiva, que deixa de focar apenas a estrutura (como é organizado) para considerar também a função (para o que serve).

É o que defende a OIT, quando afirma que, pelo fato de pertencerem à Organização, os membros deverão aplicar os Princípios Fundamentais ainda que não tenham ratificado, ou até que ratifiquem, as Convenções correspondentes. Nesse sentido, já decidiu o TST (2010):

[...] CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL. EMPREGADOS OU EMPRESAS NÃO ASSOCIADOS AO SINDICATO. DESCONTOS INDEVIDOS. 1. Nos termos da jurisprudên-

cia iterativa, atual e notória da SBDI-I desta Corte superior, a imposição de contribuição assistencial em favor da agremiação sindical a empregados ou empresas a ela não associados ofende o princípio da liberdade de associação consagrado nos termos do artigo 8º, inciso V, da Constituição da República. *Tal dispositivo dá efetividade, no plano normativo interno, ao princípio erigido no artigo 2º da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho – instrumento que, conquanto ainda não ratificado pelo Brasil, inclui-se entre as normas definidoras dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, conforme Declaração firmada em 1998, de observância obrigatória por todos os países-membros daquele organismo internacional.* 2. Admitir a imposição de desconto visando ao custeio de ente sindical a que o trabalhador ou empresa não aderiu voluntariamente constitui desvio do princípio democrático que deve reger a vida associativa em todos os seus quadrantes. A contribuição sindical compulsória – seja ela decorrente da lei ou da norma coletiva – destitui os integrantes da categoria de um dos mais importantes instrumentos a lhes assegurar voz ativa na definição dos destinos da sua representação de classe, além de concorrer para a fragilização da legitimidade da representação sindical, na medida em que o seu custeio não mais estará vinculado à satisfação dos representados com a atuação dos seus representantes. 3. Deve ser considerada nula, portanto, a cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa que estabeleça contribuição em favor de ente sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie a serem descontadas também dos integrantes da categoria não sindicalizados. Agravo não provido (grifo nosso).

No caso em tela, foi considerada nula a cláusula de norma coletiva que impunha aos empregados a contribuição assistencial ao sindicato, ainda que não fossem filiados, por violação ao princípio da liberdade sindical explicitado na Convenção n. 87.

Diante de todo o exposto, tem-se que a teoria do diálogo das fontes se apresenta como uma clara possibilidade de interpretação e aplicação das Convenções Fundamentais da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, pois é um método “valorativo e inovador: promove sempre os direitos do sujeito mais fraco e seus direitos fundamentais!” (Marques, 2012, p. 63). É uma teoria que tem nos direitos fundamentais a base de sua existência,

e que, tendo como objetivo assegurá-los, adota mecanismos para estabelecer uma comunicação entre as distintas categorias normativas.

Considerações finais

Neste artigo, se propôs analisar os quatro Princípios Fundamentais da OIT e as oito Convenções relativas a eles, trazendo jurisprudência nacional relativa a cada um deles, para demonstrar que é possível, e necessário, que as decisões do Judiciário também sejam fundamentadas nos instrumentos oriundos do Direito Internacional do Trabalho. Conhecidas as Convenções Fundamentais, partiu-se para a explicação do processo de ratificação no Direito brasileiro, que é um processo constitucional que envolve o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Ainda, se explanou sobre o controle de convencionalidade, ferramenta pouco aplicada no Brasil, mas de fundamental importância na concretização dos direitos humanos, e se abordou a questão do ingresso de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional conforme a Constituição, concluindo-se que a supralegalidade estabelecida pelo STF é insuficiente frente à importância desses tratados.

Ao constatar que as Convenções Fundamentais OIT carecem de aproveitamento no Direito brasileiro, sendo pouco aplicadas como fundamento das decisões judiciais, ainda que o caso concreto se enquadre em seu regramento, procurou-se uma proposta hermenêutica capaz de suprir essa lacuna. Finalmente, apresentou-se a teoria do diálogo das fontes como possibilidade de interpretação para aumentar aplicação das Convenções da OIT, sendo elas retificadas ou não. Esse método busca uma composição entre as diversas fontes normativas, aplicando ao caso concreto aquela que melhor lhe couber. Não se trata de propor uma forma de ativismo judicial ou de se estimular o descumprimento da norma jurídica (*lato sensu*); trata-se de uma proposta hermenêutica de integração, cujo objetivo é aumentar a utilização das Convenções Fundamentais da OIT como fundamento jurídico das decisões judiciais.

Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. Diálogo das Fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. *In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana (assistente de coordenação). Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2015, p. 160-162.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos Humanos e Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os Limites do Direito Internacional do Trabalho.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. *In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 5-8.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; KAMADA, Fabiana Larissa. A OIT e a discriminação no trabalho. Análise dos programas desenvolvidos no Brasil com a cooperação técnica da OIT. *In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (org.). A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos.* São Paulo: LTr, 2014, p. 68-80.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 87585-8 – TO.* Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1 SP.* Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 1 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). *Recurso Ordinário n. 002048837.2015.5.04.0802.* 2ª Turma. Relator: Des. Marcelo Jose Ferlin D'Ambroso. Julgado em: 05 ago. 2016. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=-55Qf%2FwCrM%2Fg%3D&p_idpje=Fu2eF7Ygnhg%3D&p_num=-Fu2eF7Ygnhg%3D&p_npag=x. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 281840-21.2005.5.02.0025*. 1ª Turma. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Julgado em: 12 mai. 2010. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=281840&digitoTst=21&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0025&submit=Consultar>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 53100-49.2011.5.16.0021*. 6ª Turma. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Julgado em: 10 maio 2017. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFomatado=ARR%20-%2053100-49.2011.5.16.0021&base=acordao&rowid=AAANGhA-BIAAAMpXAAK&dataPublicacao=12/05/2017&localPublicacao=DEJT&query=oit&%20and%20escravo>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Embargos em Recurso de Revista n. 205900-57.2007.5.09.0325*. Pleno. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Julgado em: 25 set. 2016. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20205900-57.2007.5.09.0325&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAQcvAAD&dataPublicacao=03/02/2017&localPublicacao=DEJT&query=convencionalidade>. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 64100-69.2009.5.05.0038*. 5ª Turma. Relator: Min. Barros Levenhagen. Julgado em: 15 mar. 2017. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=64100&digitoTst=69&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=05&varaTst=0038&submit=Consultar#>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 77200-27.2007.5.12.0019*. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgado em: 15 fev. 2012. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=77200&digitoTst=27&anoTst=2007&orgaoTs>

t=5&tribunalTst=12&varaTst=0019&submit=Consultar. Acesso em: 20 out. 2017.

FLAITT, Isabela Parelli Haddad. O trabalho escravo à luz das convenções n. 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho. *In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coord.). Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas.* São Paulo: LTr, 2014, p. 269-277.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Direito Internacional do Trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil.* São Paulo: LTr, 2016.

FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. Direitos sociais e direitos fundamentais na perspectiva da Declaração da OIT de 1998: um caso de soft Law no rumo de sua efetividade. *In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. (org.). A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos.* São Paulo: LTr, 2014, p. 13-18.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho: proteção da liberdade e atividade sindical. *In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coord.). Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas.* São Paulo: LTr, 2014, p. 391-398.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Direitos coletivos e direitos fundamentais: o diálogo das fontes e a função promocional do direito. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 2, p. 239-248, abr./jun. 2012.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. A Declaração da OIT de 1998: história, mudanças e desafios. *In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (org.). A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos.* São Paulo: LTr, 2014, p. 19-38.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Liberdade sindical: aspectos relevantes da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em sintonia com outros tratados internacionais de direitos huma-

nos e sua integração no direito nacional. *In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORRE, Marco Antônio César (coord.). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: Um Debate Atual.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 232-244.

GOMES, Eduardo Biacchi; VAZ, Andréa Arruda. A aplicabilidade das Convenções da Organização Internacional do Trabalho pelos Tribunais brasileiros: observância dos direitos fundamentais. *In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORRE, Marco Antônio César (coord.). Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: Um Debate Atual.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 157-180.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As lacunas do Direito do Trabalho e a necessidade de heterointegração (diálogo das fontes) com o Direito Civil. *In: ALMEIDA, Renato Rua de (coord.); CALVO, Adriana (assistente de coord.). Aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2015, p. 47-55.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. *In: MARQUES, Claudia Lima. (coord.). Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Convenções da OIT.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAVUNGA, Rufaro Audrey. A critical assesment of the minimum age convention 138 of 1973 and the worst forms of child labour convention 182 of 1999. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad/ Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 16, n. 5, 2013. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/journals/PER/2013/69.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentário ao artigo 49, I. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, p. 233-254, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-110.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Igualdade de gênero e raça*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho forçado no Brasil*. [S.l.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 18 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho infantil no Brasil*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O trabalho forçado contemporâneo – comentários às convenções fundamentais 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho – o texto e o contexto. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende

(coord.). *Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 279-288.

STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

THOME, Candy. A questão de gênero no centro do trabalho decente: a Declaração de 1998 sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho da OIT e a igualdade de gênero no ambiente do trabalho. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de (org.). *A Declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos*. São Paulo: LTr, 2014, p. 53-67.

VAZ, Andréa Arruda. *Direito fundamental à liberdade sindical no Brasil e os tratados de direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2016.

O TRABALHO DECENTE/DIGNO E OS DESAFIOS DA (DES)IGUALDADE DE GÊNERO NO MUNDO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira*

O presente trabalho busca dentre seus objetivos analisar alguns aspectos referentes ao Trabalho decente ou digno, como um trabalho produtivo e de qualidade em condições de liberdade, equidade, segurança e em respeito à dignidade humana, nos moldes promovidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), com destaque para seus quatro objetivos estratégicos.

O texto reafirma a importância do trabalho decente ou digno que poderá se desenvolver de forma sólida e com qualidade para todos os trabalhadores masculinos e trabalhadoras femininas, quando se alcançar uma concreta igualdade entre os gêneros.

Para tanto, se apresentam elementos teóricos sobre “gênero”, demonstrando-se, como as mulheres e homens tiveram seus direitos fundamentais individuais, excluídos e ou limitados, a partir de processos revo-

* Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México (UNAM). Estágio de pós-doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Málaga (UMA) na Espanha (2013-2014). Professora titular do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), da qual está aposentada desde março/2017. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa “Direito e Fraternidade” do CCJ/UFSC, no período de 2009-2018. Professora visitante I no PPGD da Universidade Federal de Pelotas desde setembro/2018. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania, Fraternidade (DICIFRA)”, da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito, Fraternidade, Gênero e Migrações” do CCJ/UFSC. Membro titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT), ocupando a cadeira nº 27. Lattes: lattes.cnpq.br/7598750769331998.

lucionários como os da Revolução Americana de 1775, e da Revolução Francesa de 1789, que possibilitaram a promulgação das primeiras Declarações de Direitos, bem como das primeiras Constituições modernas, que impediram legalmente o reconhecimento das mulheres como sujeito titular de direitos, negando-lhes direitos políticos, civis e sociais, tendo por base o sexo e as diferenças entre os gêneros.

Busca-se identificar também como as desigualdades e discriminações desse período histórico se refletiram concretamente no acesso à educação e, no mundo do trabalho produtivo remunerado, restringindo as oportunidades de ocupação no mercado de trabalho e sua capacitação profissional, com algumas melhoras a partir do século XX, ainda com sérias limitações e suas consequências para o século XXI.

No último tópico, se analisa a igualdade de gênero como requisito fundamental para a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e profissão, demonstrando-se a sua relação direta e, às vezes indireta, com as desigualdades e discriminações (invisíveis ou disfarçadas), presentes no mundo do trabalho.

Destaca-se a importância do diálogo social, de estratégias, programas e políticas possam promover a plena igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e profissão, para que mulheres e homens possam se inserir no mercado de trabalho, com igualdade salarial, formação, qualificação e capacitação profissional sem nenhuma forma de desigualdade ou discriminação que prejudique suas individualidades pessoais e profissionais.

Trabalho decente/digno – como objetivo fundamental da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Cabe recordar que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotada em 1919 foi revista e substituída pelo texto aprovado na 29ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (CIT), realizada na cidade de Montreal no Canadá em 1946. Em seu

Preâmbulo afirmava “[...] que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social” (OIT, 2018, p. 2).

O texto do Preâmbulo ainda mencionava as péssimas condições de trabalho, a miséria e privações enfrentadas por homens e mulheres, já que a OIT foi criada no final da 1ª Guerra Mundial,

[...] em um mundo devastado pela guerra, ameaçado pela revolução e assolado pela pobreza e a miséria dos trabalhadores. Sua finalidade era estabelecer uma estrutura social em prol da paz e da estabilidade, na qual o sistema econômico pudesse produzir prosperidade e justiça social tanto no que diz respeito às condições de vida dos trabalhadores como no mundo do trabalho (OIT, 1999, p. 2).

A OIT também destacava que o “[...] trabalho não é uma mercadoria, mas sim uma das mais poderosas vias de inclusão social, autonomia, dignidade e distribuição dos frutos do crescimento econômico” (OIT, 2015, p. 13).

Entretanto, foi quase ao final do século XX que a OIT utilizou pela primeira vez a terminologia trabalho decente como sinônimo de trabalho digno, para reafirmar que o compromisso da OIT não era apenas promover qualquer tipo de trabalho, e sim, um trabalho produtivo e de qualidade em condições de liberdade, equidade, segurança e em respeito à dignidade humana, ou seja, o trabalho é o caminho que permite o acesso a uma vida digna.

Assim, na Conferência Internacional do Trabalho (CIT) quando da 87ª reunião realizada em Genebra em junho de 1999, o então diretor geral da OIT, Juan Somavia, fez uso da expressão “trabalho decente” em seu Relatório (Memorial do Diretor Geral), que recebeu o mesmo título: “Trabalho decente”. Destacou ele no preâmbulo que

[...] a finalidade primordial da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam conseguir um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, equidade,¹ segurança e dignidade humana. [...] O trabalho decente é o ponto de convergência de seus quatro objetivos estratégicos: a promoção

¹ “Disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um” (Ferreira, 1986, p. 675).

dos direitos fundamentais do trabalho; o emprego; a proteção social e o diálogo social (OIT, 1999, p. 6).

Em relação aos quatro objetivos estratégicos acima referidos, convém destacar primeiramente que os princípios e direitos fundamentais no trabalho fazem parte originalmente da Constituição da OIT desde 1946, e da Declaração da Filadélfia de 1944. Tais princípios e direitos fundamentais foram incorporados em oito Convenções² fundamentais da OIT e, mesmo que os Estados-Membros não tenham ratificado as Convenções específicas, têm o compromisso de promover e tornar realidade, de boa-fé, os princípios relativos aos direitos fundamentais.

Passados cinquenta e dois anos, ou seja, em 18 de junho de 1998, a Conferência Internacional do Trabalho, na sua reunião de n. 86, adotou a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, agora em um contexto de globalização:

[...] em sua introdução e justificativa, considera que a justiça social é essencial para garantir uma paz universal e permanente, e que o crescimento econômico é vital, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, sendo necessário que a OIT auxilie os Estados Membros na promoção de políticas sociais sólidas, de justiça e instituições democráticas (Oliveira, 2016, p. 330).

A Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento busca priorizar e,

[...] manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, a garantia dos princípios fundamentais no trabalho reveste-se de especial significado ao assegurar aos próprios interessa-

² As Convenções da OIT que estabeleceram os princípios e direitos fundamentais são: Convenção n. 87/1948, sobre a Liberdade Sindical e a Proteção Sindical; Convenção n. 98/1949, sobre o Direito de Organização e de Negociação Coletiva; Convenção n. 29/1930, sobre o Trabalho Forçado; Convenção n. 105/1957, sobre a Abolição do Trabalho Forçado; Convenção n. 138/1973, sobre Idade Mínima; Convenção n. 182/1999, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil; Convenção n. 100/1951, sobre a Eliminação de discriminação em matéria de emprego e profissão e a Convenção n. 111/1958, sobre a Discriminação (Emprego e Profissão). Cf. OIT - Convenções da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

dos a possibilidades de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa na riqueza para a qual tem contribuído para gerar, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano (OIT, 1998, p. 6).

Para reforçar o comprometimento dos Estados-Membros a Declaração da OIT de 1998 declara que todos aqueles que pertençam à Organização devem respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé, os seguintes princípios concernentes aos direitos fundamentais: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (OIT, 1998, p. 7-8).

Ao mesmo tempo, cabe reafirmar que:

[...] todos os princípios e direitos e as Convenções fundamentais são de interesse vital para as mulheres trabalhadoras, embora os que protegem os direitos à não discriminação sejam mais diretamente aplicáveis à promoção da igualdade entre os trabalhadores masculinos e femininos. Nos termos da Declaração, o princípio da eliminação da discriminação no emprego e na profissão, que abrange a igualdade de remuneração para trabalho de igual valor e a igualdade de oportunidades e tratamento deve ser respeitado, realizado e promovido em todos os Estados-Membros da OIT (OIT, 2007, p. 146).

No que se refere ao objetivo estratégico sobre políticas e promoção de emprego esse deve compreender a ideia de emprego produtivo com base na livre escolha dos trabalhadores masculinos e trabalhadoras femininas, ou seja, trata-se não apenas de promover o trabalho decente/digno, mas buscar a sua efetiva concretização.

A noção de Trabalho decente integra as dimensões quantitativa e qualitativa do emprego. Ela propõe não apenas medidas dirigidas à geração de postos de trabalho e ao enfrentamento do desemprego, mas também à superação de formas de trabalho que geram renda insuficiente para que os indivíduos e suas famílias superem a situação de pobreza, ou que se baseiam em atividades insalubres, perigosas, inseguras e/ou degradantes e, por esse motivo, contri-

buem à reprodução da desigualdade e de situações de exclusão social (OIT, 2015, p. 17).

É importante frisar que a Convenção n. 122 da OIT sobre Política de Emprego foi aprovada na 49ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra no ano de 1965, e entrou em vigor no plano internacional em 17 de julho de 1966. A Convenção n. 122 em seu texto e artigos apresenta as orientações e as diversas proposições para à política do emprego, destacando-se no artigo I-1 que:

[...] com o objetivo de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico, de elevar os níveis de vida, de atender às necessidades de mão de obra e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo Membro formulará e aplicará, como objetivo essencial, *uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido* (OIT, 1965, p. 1, grifo meu).

Portanto, para que as políticas e a promoção de emprego produtivo e de qualidade possam ser alcançadas,

[...] deve existir trabalho para todos aqueles que se encontram disponíveis para o fazer e o que procuram. Esse trabalho deve ser o mais produtivo possível e com liberdade de escolha de emprego. Todos os trabalhadores, independentemente do sexo, devem ter a mais completa oportunidade possível de se qualificar para postos de trabalho que os satisfaçam e nos quais possam utilizar as suas competências. A discriminação é proibida, incluindo aquela que se baseia no sexo (OIT, 2007, p. 137).

Por outro lado, o objetivo estratégico sobre a proteção social busca dar “[...] apoio básico generalizado a todos os cidadãos, independentemente de contribuição ou de antecedentes profissionais” (OIT, 2007, p. 160). Entretanto é o trabalho formal que garante proteção social principalmente quando os trabalhadores ficam impedidos de exercê-lo, como por exemplo, nos casos de desemprego, enfermidades, acidentes de trabalho e outros.

Deve-se enfatizar ainda que o objetivo de proteção social também é reconhecido e aceito como um direito humano universal para todas as

peças, tanto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 1948, no artigo XXIII,³ incisos 1 e 3, e artigo XXV, incisos 1 e 2, bem como, pela Declaração de Filadélfia da OIT⁴ de 1944, em seu artigo III, letras f, g e h.

Finalmente, o último objetivo estratégico diz respeito ao diálogo social, que para a OIT

[...] é todo o tipo de negociação, consulta ou simples troca de informação entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores sobre questões de interesse comum relacionadas com a política econômica e social. Pode ser um processo tripartido, com o governo como uma parte oficial no diálogo, ou pode consistir apenas em relações bipartidas entre os trabalhadores e a administração (ou os sindicatos e as organizações dos empregadores), com ou sem o envolvimento indireto do governo (OIT, 2007, p. 57).

Por conseguinte, o diálogo social busca promover a construção de um consenso, a partir do envolvimento democrático entre as principais partes interessadas que de forma direta ou indireta fazem parte do mundo do trabalho, como um instrumento importante que pode auxiliar na solução de problemas econômicos e sociais, bem como, na igualdade de gênero, na equidade de gênero e na paz social.

³ ONU - Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo XXIII, inciso 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”; Inciso 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”. Disponível em: <http://www.onu.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴ OIT - Declaração de Filadélfia de 1944 - Artigo III, letra f: “ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa”; letra g: “assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações”; letra h: “garantir proteção da infância e da maternidade”. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

Para que tais objetivos possam ser plenamente realizados tanto a representação como a voz de cada um dos trabalhadores e trabalhadoras deve ser não apenas reconhecido, mas ampliado, já que

[...] o número relativamente reduzido de mulheres em posições chave nos órgãos representativos atua como um entrave ao incremento da igualdade de gênero em geral e à melhoria da situação das mulheres e dos homens no mundo do trabalho. Questões como a discriminação com base no sexo, a igualdade de remuneração, a conciliação do trabalho com as responsabilidades familiares (incluindo os cuidados a crianças e a idosos), os acordos sobre tempo de trabalho e o assédio sexual só farão parte da *agenda do diálogo social se uma massa crítica de mulheres participar ativamente e de forma significativa no diálogo e tiver acesso a papéis de tomada de decisão no processo de diálogo social* (OIT, 2007, p. 57, grifo meu).

É possível observar então que o conceito de trabalho decente ou digno, para ser efetivado de maneira plena, necessita que os quatro objetivos estratégicos estejam presentes não apenas no discurso, ou como parte de uma agenda, mas em situações concretas que possam permitir o seu exercício por todas as mulheres trabalhadoras e todos os homens trabalhadores.

Para tanto, pode-se afirmar que o trabalho decente ou digno poderá se desenvolver de forma sólida para todos os trabalhadores masculinos e trabalhadoras femininas, quando se alcançar a igualdade de gênero que diz respeito a

[...] igualdade de oportunidades e de tratamento, a igualdade de remuneração e o acesso a um ambiente de trabalho seguro e saudável, a igualdade de associação e de negociação coletiva, a igualdade na progressão da carreira, a proteção da maternidade e um equilíbrio entre o trabalho e a vida familiar que seja justo para homens e mulheres (OIT, 2007, p. 57).

Assim, no próximo item se buscará apresentar alguns elementos teóricos sobre “gênero”, principalmente, em relação a mulheres e homens que tiveram seus direitos fundamentais individuais, excluídos e ou limitados, a partir de processos revolucionários que abriram caminho para as

primeiras Declarações de Direitos, bem como, para as primeiras Constituições modernas, traçando-se uma linha do tempo que permitirá verificar que as desigualdades e discriminações com base no gênero seguem sendo uma prática atual ainda no século XXI, e fazem parte de uma “luta histórica” das mulheres ocidentais que durante mais trezentos anos reivindicaram seus direitos políticos, civis e sociais e que foram tardiamente reconhecimentos juridicamente.

Gênero, educação e trabalho: a busca pela igualdade de direitos

As denominadas Revoluções modernas ocidentais foram acontecimentos históricos específicos que conseguiram romper em maior ou menor medida com o absolutismo das monarquias europeias predominantes nos séculos XVII e XVIII, possibilitando mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais, que afetaram homens e mulheres que vivam tanto no Continente europeu como nas terras do Novo Mundo, principalmente, nas Colônias da América do Norte sob dominação da Inglaterra (cf. Oliveira, 2016, p. 32).

Os conflitos entre os colonos americanos e a monarquia inglesa resultaram na Revolução Americana que teve início em 1775, e envolveu as treze colônias onde havia um descontentamento generalizado em relação à administração política e administrativa realizada pela Inglaterra. A insatisfação ganhou maior vulto a partir do momento que houve um aumento na arrecadação fiscal, nas taxas alfandegárias sobre importação de produtos, bem como na edição de várias leis que retiravam ou limitavam os direitos comerciais. Tais “[...] medidas impostas pelo governo inglês acabaram gerando reações políticas por parte dos colonos americanos, [...] o que justificou por parte da Inglaterra o envio de tropas para conter os protestos e as manifestações populares” (Oliveira, 2016, p. 35).

O processo revolucionário culminou com a Declaração da Independência por parte das treze colônias americanas em 1776, trazendo como consequência política a ruptura com a Inglaterra, recordando que

“[...] a guerra pela independência durou seis anos, para finalmente em 1781, ocorrer a rendição do exército inglês” (Oliveira, 2016, p. 44).

Depois da independência, os Estados recém-criados, começaram a enfrentar problemas políticos, tendo em vista que cada um deles já havia promulgado suas próprias constituições e a definição formal da União – estado federado – com poderes centralizados tinha que ser pensada de uma maneira em que os direitos de cada Estado fossem respeitados (Oliveira, 2016, p. 44).

Destaca-se que as lideranças políticas depois de muitas discussões e debates conseguiram aprovar a Constituição Americana em 1787.⁵ Em seu conteúdo foram incluídos os valores dos direitos naturais e individuais, com ênfase na liberdade e cidadania, porém com restrições e limitações, principalmente no que diz respeito aos direitos políticos e civis, assim como ao acesso à educação, reconhecidos para alguns cidadãos privilegiados (homens brancos e anglo-saxões), ou seja, “as exceções aos direitos individuais fundamentais de liberdade e igualdade civil e política ainda eram visíveis posteriormente à aprovação da Constituição Americana [...]” (Oliveira, 2016, p. 46).

A proibição e as limitações de acesso à educação para as mulheres nesse período impediam que elas pudessem ler, escrever e aprender conteúdos que eram ministrados exclusivamente para os homens, o que fortalecia a ocupação do espaço privado para as mulheres e, de certa maneira, ajudava a manter o discurso sobre a inferioridade e a falta de intelectualidade das mulheres.

Desde os tempos coloniais até as primeiras décadas do século XIX, a maioria dos professores eram homens e até o século XVIII a porcentagem de homens estudando era superior ao das mulheres [...]. O papel da escolarização não era visto como importante, sendo comum a escolarização nas igrejas ou por tutores, sendo

⁵ A Constituição Americana é considerada a primeira Constituição escrita da história ocidental mundial, em que foram consignados os direitos individuais dos cidadãos e uma igualdade política apenas para os homens brancos; definidos os poderes dos estados e do governo federal; estabelecido o sistema de divisão entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outras disposições.

importante para isto o poder aquisitivo de cada família, visto que a escola não era para todos [...] (Mendes, 2013, p. 2).

Por isso, a autora Carvalho, ao falar sobre desigualdades na educação, trabalho e participação política, afirma que:

A história da educação das mulheres é marcada pela exclusão, inclusão e segregação. Afora poucas privilegiadas que usufruíram de alguma forma de educação privada, familiar ou religiosa, elas só conquistaram acesso à educação pública com a instituição da escolarização compulsória em fins do século XIX no mundo ocidental. Porém, foram incluídas em escolas, classes, ramos do ensino ou áreas curriculares separadas. Somente no século XX foi se generalizando a coeducação (classes mistas), no sistema escolar público (2009, p. 22).

Significa dizer que as mulheres americanas (brancas, negras e índias) não foram reconhecidas como sujeito titular de direitos fundamentais, pois eram consideradas inferiores em relação aos homens, e seu papel como esposa e mãe estava restrito ao espaço privado – doméstico e familiar, pois a divisão de tarefas também na sociedade à época estava estruturada e organizada não apenas pelas concepções sobre as diferenças entre os sexos (biológicas e reprodutivas), mas também de gênero, que dizem respeito ao papel social e às relações sociais – comportamentos, características psicológicas e atitudes – atribuídas às mulheres e aos homens.

O gênero é uma dimensão central da vida pessoal, das relações sociais e da cultura. É uma arena em que enfrentamos questões práticas difíceis no que diz respeito à justiça, à identidade e até à sobrevivência. Questões de gênero dizem respeito tanto aos homens quanto às mulheres (Connell; Pearse, 2015, p. 25-26).

Além disso, o gênero abarca as diferenças e as relações construídas entre o sexo masculino e feminino, de acordo com as regras e valores adotados, aceitos por uma determinada sociedade e sua cultura, e impostos psicologicamente e às vezes fisicamente às mulheres por serem um coletivo mais frágil, lembrando que gênero não é sinônimo de sexo.

Os papéis de gênero constituem comportamentos adquiridos numa dada sociedade, comunidade ou grupo social. Condicionam as atividades, tarefas e responsabilidades que são consideradas adequadas respectivamente ao sexo masculino e feminino. Os papéis de gênero são afetados pela idade, pela classe socioeconômica/raça/etnia, religião e pelo ambiente geográfico, econômico, político e cultural. As relações de gênero constituem igualmente relações de poder, que determinam aqueles que podem aceder e controlar recursos tangíveis e intangíveis (OIT, 2007, p. 91).

Diante disso, as concepções de sexo e gênero do século XVIII foram utilizadas pelos homens para excluir as mulheres americanas e também francesas de sua plena cidadania, elas tiveram que lutar pelo direito de voto⁶ (sufrágio universal), pelos direitos civis, pelo acesso a todos os níveis de educação e para terem direito a exercer uma profissão remunerada fora do ambiente familiar.

No velho continente, a negação de cidadania política e civil, e o acesso à educação para as mulheres não foi diferente, apesar da influência dos movimentos revolucionários ocorridos tanto na França como em outros Estados europeus que conseguiram “[...] derrubar o sistema econômico, político e social de características feudais responsáveis por uma imensa desigualdade social [...]” (Oliveira, 2016, p. 49).

A queda da Bastilha, símbolo da monarquia francesa, ocorrida em 14 de julho de 1789, “[...] marcou a derrota do despotismo e da arbitrariedade, da inquisição eclesiástica e burocrática [...]” (Oliveira, 2016, p. 55), possibilitando a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que abarcava duas dimensões: o homem como sujeito dos direitos naturais e outra, o cidadão como sujeito de direitos políticos,⁷ mantendo-se direitos e privilégios apenas para alguns cidadãos.

⁶ A luta das mulheres americanas pelo direito ao voto foi concretizada finalmente em 1919, com a aprovação da Emenda 19 à Constituição Americana, ou seja, no início do século XX.

⁷ Na França revolucionária, a cidadania política correspondia principalmente a ter direito de pertencer à Guarda Nacional, o direito de votar e ser votado nas Assembleias Nacionais, o que significava também o direito de ocupar algum cargo político. Era uma cidadania política apenas para os homens, pois as mulheres só puderam ter o direito de voto a partir de 1944, ou seja, na metade do século XX. Votaram pela primeira vez em

Por conseguinte, as mulheres francesas não foram reconhecidas plenamente pela referida Declaração, nem pelas posteriores Constituições como sujeito titular de direitos fundamentais, principalmente, os políticos. Somente na metade do século XX, elas conseguiram garantir o direito de voto, o que significa dizer que eram cidadãs pela metade, sem direito de participação política na construção da nova sociedade na França (Oliveira, 2016, p. 57).

Deve-se mencionar que as mulheres francesas participaram efetivamente do processo revolucionário, e as multidões eram constituídas majoritariamente por mulheres. De acordo com Michelet (1989, p. 59),

[...] as mulheres estiveram na vanguarda de nossa Revolução. Não devemos nos surpreender com isso; elas sofriam mais. As grandes misérias são ferozes, atingem antes os fracos; maltratam as crianças, as mulheres, bem mais que aos homens. As mulheres, as pobres vivem, em sua grande maioria, encerradas, sentadas, fiam, costuram, quase não estão em condições, no dia em que tudo falta, de procurar sua subsistência.

Apesar da condição de miséria em que se encontravam a maioria das mulheres francesas, os legisladores responsáveis pela elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim como da primeira Constituição francesa de 1791, continuaram excluindo todas as mulheres dos direitos políticos e civis, foram insensíveis a todas as reclamações e queixas feitas por elas, “[...] verificando-se que um dos fatores responsáveis por esta situação, diz respeito à influência das concepções de gênero que impediam às mulheres de participar do espaço público” (Oliveira, 2016, p. 61).

[...] Em alguns Cadernos de Queixa, as mulheres pediam aos seus representantes que fossem restituídas suas profissões anteriores, sendo que [...] em uma petição ao Rei elas comprometeram-se a não manusear nem a ‘bússola nem o esquadro’, porque, diziam elas ‘queremos uma ocupação, não para usurpar a autoridade dos homens, mas para poder viver’ (Oliveira, 2016, p. 60-61).

Cabe lembrar que o não reconhecimento como sujeito titular de direitos fundamentais na França não estava restritos às mulheres, mas também a todas as pessoas pobres (homens e mulheres), que viviam nas colônias francesas sob o regime da escravidão, melhor dizendo, os direitos e privilégios de alguns cidadãos tinham ligação direta com o sistema eleitoral de sufrágio censitário e capacitário, situação essa reafirmada pela Constituição de 1791, que

[...] concedia o direito de voto apenas àqueles que pagassem um imposto direto equivalente a três dias de salário, e limitava aos cidadãos (homens) com determinadas posses o direito eleitoral passivo para cargos de certa importância (Fernandes, 2004, p. 63).

Portanto, fica visível a falta de igualdade entre os gêneros, que excluía como nos casos acima mencionados, tanto os homens como as mulheres, e as Constituições que se seguiram até final do século XIX continuaram negando às mulheres a plena cidadania. Não foi diferente depois que Napoleão Bonaparte, por meio de um golpe de estado em 1799, assumiu o poder. O Código Civil por ele promulgado em 21 de março de 1804 continuou excluindo as mulheres dos direitos civis e sociais, quer dizer, “nunca mais foi uma questão de igualdade na educação e quando se arrumou a Constituição nas gavetas da história, todas as esperanças das mulheres de verem seus direitos políticos reconhecidos se desvaneceram” (Bessières; Niedzwiecki, 1991, p. 71).

As discriminações e desigualdades em relação aos direitos individuais fundamentais das mulheres impostas pelo Código Civil napoleônico abrangiam também o direito de propriedade e a celebração de contratos, visto que as mulheres eram tratadas como menores (incapazes). Elas não podiam realizar qualquer tipo de contrato sem a autorização do marido ou pai, e não tinham direito de controle ou de oposição sobre os atos do marido, já que, ele podia dispor dos bens do casal em proveito de qualquer pessoa proibindo legalmente a mulher de apresentar qualquer objeção (Bessières; Niedzwiecki, 1991, p. 25).

Diante disso, é possível afirmar que tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, passando pelas onze Constituições⁸ francesas promulgadas em diferentes períodos históricos, marcaram profundamente o reconhecimento e a garantia dos direitos individuais fundamentais de homens e mulheres, ampliando-se assim as desigualdades entre os gêneros.

Somente a partir do século XX, as duas Constituições de 1946⁹ e de 1958 (esta última em vigor), trouxeram profundas modificações em relação aos direitos individuais fundamentais que permitiram a consolidação da democracia e dos direitos políticos, essencialmente, no que se refere do direito de voto para as mulheres, além de positivizar os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade (Oliveira, 2016, p. 73).

Por conseguinte, a luta das mulheres americanas e francesas durante os primeiros processos revolucionários da história moderna e, mesmo posteriormente, não foram suficientes para desfazer as desigualdades e discriminações ocasionadas em função do gênero. Como não foram reconhecidas como sujeito titular de muitos dos direitos individuais fundamentais, tal situação, impediu concretamente o seu acesso à educação e ao mundo do trabalho produtivo remunerado e de qualidade, melhor dizendo, restringiu as oportunidades de ocupação no mercado de trabalho e sua capacitação profissional, que só vai começar a melhorar a partir do século XX, ainda com sérias limitações.

Entretanto, convém ressaltar que as questões de gênero que afetam homens e mulheres não são apenas “[...] experiências fixadas pela natureza”, ou “[...] uma imposição externa realizada por meio de normas sociais ou da pressão de autoridades” (Connell; Pearse, 2015, p. 39). De acordo com autores Connell e Pearse,

As pessoas constroem a si mesmas como masculinas ou femininas. Reivindicamos um lugar na ordem de gênero – ou respondemos

⁸ No século XVIII, o primeiro ciclo revolucionário contou com quatro Constituições (1791, 1793, 1795 e 1799). O segundo ciclo no século XIX, contou com cinco Constituições (1814, 1830, 1848, 1851 e 1875).

⁹ A Constituição francesa de 27 de outubro de 1946 inseriu em seu Preâmbulo entre os princípios fundamentais da República que: “a lei garante à mulher, em todos os campos, direitos iguais aos homens”.

ao lugar que nos é dado –, na maneira como nos conduzimos na vida cotidiana. Logo, os arranjos de gênero são ao mesmo tempo fontes de prazer, reconhecimento e identidade, mas fontes de injustiça e dano. Isso significa que o gênero é inerentemente político – mas também significa que essa política pode ser complicada e difícil (2015, p. 39 e 43).

Todos esses fatores que tratam das desigualdades e diferenças entre os gêneros seguem presentes na sociedade contemporânea apesar dos avanços conquistados pelas mulheres ocidentais, no que se refere ao reconhecimento e as garantias de seus direitos políticos, civis e sociais. Entretanto, quando buscam a inserção no mercado de trabalho, verifica-se que as desigualdades e discriminações em razão do gênero ficam mais visíveis, fazendo com que as mulheres ainda precisem reivindicar direitos iguais, mudanças e promoverem

[...] campanhas por salários iguais, pelo direito das mulheres à propriedade de terras e bens, [...] pelo sindicalismo feminino, por oportunidades iguais de emprego, por direitos reprodutivos, por direitos humanos para homens e mulheres transexuais e pessoas transgênero, contra a discriminação na educação, contra o machismo na mídia de massas, contra estupros e violência doméstica (Connell; Pearse, 2015, p. 43).

Diante disso, é possível afirmar que o gênero, como outras estruturas sociais, é multidimensional e, portanto, diz respeito à identidade, ao trabalho, ao poder, à nossa sexualidade (Connell; Pearse, 2015, p. 49).

Isso significa que são situações que ocorrem ao mesmo tempo, sendo difícil separá-las e tratar cada uma de maneira independente. Significa que a busca pela igualdade de gênero para se concretizar necessita dessa e de outros elementos importantes que precisam ser compreendidos e apreendidos por homens e mulheres e, sem os quais, a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e profissão seguirá inatingível, essencialmente, para as mulheres trabalhadoras.

A igualdade de gênero como requisito fundamental para a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego

A “luta histórica” das mulheres ocidentais para terem os direitos políticos, civis e sociais não apenas reconhecidos mas garantidos formalmente pelas legislações específicas – Declarações de Direitos, Constituições, Código Civil, dentre outras –, a partir do início da sociedade moderna, tardou mais de trezentos anos e, na prática, não impediu a permanência das desigualdades e discriminações com base no sexo e no gênero, apesar da sua proibição legal.

De acordo com a Convenção n. 111 – Discriminação (Emprego e Profissão), adotada pela OIT desde 1958, significa que a discriminação abarca:

Toda a distinção, exclusão ou preferência com base na raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego ou profissão (OIT, 1958, p. 1).

Portanto, a discriminação pode abranger várias formas e, ao longo da história da humanidade foi se moldando, se adaptando aos novos tempos, estando presente em maior ou menor grau no mundo do trabalho – formal ou informal –, afetando homens e mulheres trabalhadoras, às vezes de maneira mais direta ou indireta, o que pode resultar, por exemplo, em vantagens ou desvantagens para um ou outro trabalhador/trabalhadora, em prejuízo ao exercício do trabalho decente/digno.

É difícil lidar com a discriminação, porque depende de percepções e opiniões subjetivas, ou de preconceitos sobre as capacidades ou comportamentos atribuídos a indivíduos pertencentes a grupos particulares, mais do que de fatos objetivos, sendo frequentemente *invisível ou disfarçada*. Contudo a eliminação da discriminação no trabalho é indispensável a qualquer estratégia que tenha como objetivo realizar o trabalho digno, reduzir a pobreza e assegurar o desenvolvimento sustentável. Os governos, os empregadores e as suas organizações, e as organizações de trabalhadores tem todos a obrigação de combater a discriminação [...] (OIT, 2007, p. 59, grifo meu).

Independentemente da forma de discriminação (direta¹⁰ ou indireta¹¹), ela deve ser combatida, levando-se em conta a estrutura e a dinâmica dos mercados de trabalho, destacando-se a importância do diálogo social entre o governo, as empresas, os trabalhadores e suas respectivas organizações, uma vez que,

[...] a eliminação da discriminação, principalmente nas suas formas indiretas, é um processo de mudança moroso, porque reflete valores sociais dominantes, que também só se modificam lentamente. Não obstante, quando existem práticas de discriminação com base no sexo no local de trabalho, as mulheres e os seus ou as suas representantes devem ter a possibilidade de solicitar a intervenção dos serviços públicos da inspeção do trabalho ou de apresentar uma queixa junto da autoridade ou do tribunal competentes (OIT, 2007, p. 62).

Assim, a igualdade de gênero deve fazer parte da luta de todos os trabalhadores, independentemente de serem homens ou mulheres, pois ambos devem ter iguais direitos, oportunidades e tratamento no emprego para poderem conseguir efetivamente um trabalho decente/digno, que permita desenvolver suas capacidades pessoais e profissionais sem nenhum tipo de discriminação ou preconceito, ou seja, é um direito humano fundamental. Por isso que “a OIT considera a igualdade de gênero como uma questão de direitos humanos, de justiça social e de desenvolvimento sustentável” (OIT, 2007, p. 97).

Por conseguinte, é possível afirmar que sem a concretização da igualdade de gênero na sociedade contemporânea, a inserção dos trabalhadores masculinos e, essencialmente, das trabalhadoras femininas ainda

¹⁰ A discriminação pode ser *de jure*, o que significa que existe na lei, ou de fato, o que significa que existe na realidade ou na prática. Por exemplo, a prática efetiva de pagar menos às mulheres do que aos homens constitui um ato de discriminação de fato (Cf. OIT, 2007, p. 59).

¹¹ A discriminação indireta com base no sexo ocorre quando regras e práticas, aparentemente neutras do ponto de vista do gênero, conduzem, na prática, a desvantagens que atingem essencialmente pessoas de um sexo. Uma lei, uma regulamentação, uma política ou uma prática podem parecer neutros por não fazerem uma diferença distintiva entre homens e mulheres, mas, de fato, podem dar origem a um tratamento desigual em relação a pessoas com determinadas características (Cf. OIT, 2007, p. 60).

encontram dificuldades na prática para obterem a mesma igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e profissão. Deve-se esclarecer primeiramente que a igualdade de oportunidades

[...] significa ter uma igual possibilidade de se candidatar a um determinado posto de trabalho para se empregar ou de frequentar cursos de educação ou formação, de ser elegível para a obtenção de determinadas qualificações e de ser considerado, como trabalhador para uma promoção em todas as profissões ou cargos, incluindo aqueles que são dominados por um ou outro sexo (OIT, 2007, p. 98).

Por outro lado, no que se refere a igualdade de tratamento no emprego e na profissão, essa

[...] refere-se à igualdade de direitos em termos de remuneração, condições de trabalho, segurança no emprego, conciliação entre trabalho e a vida familiar e proteção social. A referência tanto ao emprego como à profissão significa a proteção contra a discriminação que é assegurada não somente aos trabalhadores e às trabalhadoras, mas também a outros segmentos da população ativa, como os trabalhadores por conta própria ou independentes, os proprietários de empresas e os trabalhadores familiares não remunerados (OIT, 2007, p. 98).

Ressalva-se assim, que a igualdade de gênero pode concretamente permitir a igualdade no trabalho¹² independentemente de sua estrutura ou organização, o que significa dizer que é uma maneira de combater as desigualdades e discriminações em todas as suas formas, ou seja, não apenas por meio do diálogo social entre as partes interessadas, mas também com estratégias, programas e políticas públicas, que auxiliem na formação profissional de todos os trabalhadores, para promover a igualdade

¹² O Conceito de igualdade no trabalho não implica que os homens e as mulheres sejam idênticos, ou que o sejam os seus papéis e necessidades. O conceito de igualdade, procura atribuir igual valor e reconhecimento às diferenças, naturezas, papéis e necessidades das mulheres e homens. Os papéis e as posições dos homens e mulheres diferem significativamente em qualquer sociedade e estão condicionados não só pela perspectiva histórica, mas também pela situação atual (Cf. OIT, 2007, p. 16).

de oportunidades e tratamento no emprego e profissão, tendo em vista, essencialmente que

[...] na maioria, senão em todas as sociedades, as mulheres têm de desempenhar papéis específicos, como mães, dona de casa e prestadoras de cuidados básicos. Este fato implica que habitualmente ocupem uma posição mais fraca no que concerne ao acesso ao emprego e à formação, à igualdade de remuneração, aos direitos a terra e a outros ativos de capital e à liberdade de movimentos (OIT, 2007, p. 17).

Por conseguinte, algumas medidas podem ser utilizadas para promover uma plena igualdade de oportunidades para os trabalhadores masculinos e as trabalhadoras femininas, por meio da formação profissional, assim como, no emprego, como por exemplo: a) acesso à educação em todos os seus níveis para homens e mulheres, que possibilite desempenhar papel igual na modificação das atitudes tradicionais; b) orientação profissional capaz de propiciar melhores oportunidades na formação profissional; c) alargamento do âmbito da formação para além das esferas tipicamente “femininas”; d) igualdade de acesso das meninas e mulheres a todos os cursos de ensino e formação profissional, em todos os tipos de profissão, para assegurar seu desenvolvimento pessoal e a progressão na carreira; d) creches e escolas que facilitem a todos os trabalhadores – homens e mulheres –, com responsabilidades familiares, o tempo e horários necessários para terem acesso à formação profissional; e, e) programas de formação profissional e de aprendizagem específicos para os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, que tiveram de ficar fora do mercado de trabalho para cuidar dos filhos pequenos, ou que pertençam a uma faixa etária acima daquela considerada normal para se inserir no mercado de trabalho (OIT, 2007, p. 89).

As propostas acima mencionadas merecem uma cuidadosa apreciação e, na medida do possível deveriam ser implementadas, já que os dados oficiais tanto da OIT nas últimas décadas, como especificamente no Brasil, seguem demonstrando quando da análise dos indicadores que tratam da inserção das mulheres no mercado de trabalho – formal ou in-

formal –, a permanência de desigualdades em razão de gênero, como por exemplo, no valor dos salários (em média de 25 % a 30 % a menos que aqueles pagos aos homens), mesmo as mulheres apresentando maior grau de escolaridade,¹³ e as dificuldades de acesso ao emprego com jornada integral (em geral são mais precários¹⁴ e de tempo parcial¹⁵), visto que o tipo de ocupação profissional tem relação direta com as responsabilidades pelos cuidados com os filhos e à casa, ou seja, elas “[...] têm mais dificuldades em estar imediatamente disponíveis para o trabalho, dependendo mais frequentemente de formas atípicas e flexíveis para obterem um rendimento” (OIT, 2007, p. 52).

Apesar dos dados positivos sobre o aumento do emprego formal para os homens trabalhadores e as mulheres trabalhadoras, divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) em 2013, os primeiros ainda apresentaram uma clara vantagem sobre as trabalhadoras femininas. As admissões, no setor formal celetista no mesmo período, foram maiores do que a dos homens, assim como também as demissões, “[...] o que pode apontar uma dinâmica precária de inserção no mercado de trabalho” (Lavinias; Cordilha; Cruz, 2016, p. 96).

Uma das explicações a esse padrão marcadamente de gênero no movimento dos saldos é dada pela distribuição setorial do em-

¹³ Apesar das mulheres apresentarem taxas mais altas de escolaridade, principalmente no Ensino Superior, esse fator positivo não tem sido suficiente para garantir a igualdade entre os gêneros, nem a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e profissão.

¹⁴ O trabalho precário é caracterizado por uma combinação de fatores: uma duração limitada ou uma elevada probabilidade de o trabalhador perder o emprego; pouca ou nenhuma oportunidade para os trabalhadores controlarem as condições de trabalho; ausência de prestações ou de cobertura da Seguridade Social; um rendimento baixo em conjunto com a pobreza (Cf. OIT, 2007, p. 234).

¹⁵ A Convenção n. 175 - Sobre o Trabalho a Tempo Parcial foi adotada pela OIT em 7 de junho de 1994, em seu Artigo 1º, entendendo que “A expressão trabalhador a tempo parcial designa um trabalhador assalariado cuja duração normal do trabalho é inferior à dos trabalhadores a tempo completo e que se encontra numa situação comparável”. O Artigo 4º destaca que todos os trabalhadores a tempo parcial devem receber a mesma proteção que os demais trabalhos, especificando-se: o direito de organização, o direito de negociação coletiva, à segurança e à saúde no trabalho e não discriminação no emprego e na profissão.

prego por sexo. Como homens e mulheres não estão igualmente distribuídos em todos os setores da atividade econômica, a maior volatilidade no saldo de contratação masculina refletiria movimentos e expansão mais ágil ou retração brusca de certos setores. Ademais, além da uma baixa progressão da feminização do emprego formal no período [2001-2012], a inserção de homens e mulheres no mercado de trabalho segue obedecendo a uma lógica de segmentação¹⁶ bem conhecida (Lavinias; Cordilha; Cruz, 2016, p. 97).

Ainda segundo as autoras com base nos dados e indicadores da Relação Anual de Informações Sociais (Rais) do Ministério do Trabalho e Emprego, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 2012, assim como da Síntese de Indicadores Sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IGBE), de 2013,

[...] podemos inferir que as tão celebradas melhorias da inserção das mulheres no mercado de trabalho em uma década de retomada do crescimento econômico mostram-se modestas. Dados do MTE apontam para a redução das oportunidades para as mulheres em comparação aos homens em anos de elevado crescimento, aumento das demissões femininas juntamente com o aumento das contratações e reprodução de desequilíbrios tradicionais, favorecendo sua entrada em setores de menor produtividade. A precarização também se expressa na elevada concentração desses 'avanços' em vínculos de baixa remuneração e na redução do tempo de permanência no emprego (Lavinias; Cordilha; Cruz, 2016, p. 103).

Um aspecto positivo a ser destacado é que atualmente as mulheres tem conseguido ingressar de maneira mais “fácil” no mercado de trabalho, porém o ponto extremamente negativo é que essa inserção na maioria dos casos ocorre em empregos precários onde a regra continua a ser a baixa remuneração, o que sem dúvida deixa mais visível e perceptível as diferenças entre os gêneros.

¹⁶ “Percebe-se que em todos os setores analisados a penetração feminina aumenta, embora em alguns deles permaneça marginal (inferior a 20 %). Tal participação é majoritária - acima de 50 % - apenas na administração pública, em que a entrada se faz, via de regra, através de concurso. Portanto, a formalidade é mais favorável às mulheres quando a contratação tende a se dar de forma *blind*” (Lavinias; Cordilha; Cruz, 2016, p. 98).

Além disso, para as mulheres trabalhadoras tanto a maternidade como a divisão de tarefas no trabalho são fatores determinantes de desigualdades de gênero entre homens e mulheres e entre outras mulheres, essencialmente devido às atribuições familiares em relação aos cuidados¹⁷ de filhos, e com a casa, resultando na maioria das vezes em desvantagens concretas quando inseridas no mercado de trabalho – formal ou informal –, demonstrando-se o lento avanço em busca da igualdade de oportunidades e de tratamento de mulheres e homens no emprego, pois de maneira geral, as mulheres ainda estão presentes em profissões consideradas nichos “tradicionais”, que acabam por excluí-las de profissões com melhor remuneração.

Portanto, é necessário um esforço maior por parte do Governo e das empresas, no sentido de disponibilizar mais creches e escolas (inclusive de tempo integral), bem como de serviços comunitários, para que os trabalhadores (mulheres e homens), com responsabilidades familiares possam exercer um trabalho decente/digno, sem serem discriminados, uma vez que dependendo do grau de responsabilidades haverá como consequência limites para terem acesso a todos os níveis de educação e de progressão na carreira.

Considerações finais

Diante disso, a análise em relação ao trabalho decente/digno, a igualdade de gênero e a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e profissão para as trabalhadoras femininas e os trabalhadores masculinos mostram-se mais do que urgentes e necessárias para combater

¹⁷ “O trabalho de cuidar do outro envolve diferentes dimensões e atividades, dependendo de quem é a pessoa que será objeto dele. Cuidar de uma criança, de uma pessoa idosa ou de uma pessoa com alguma limitação, por exemplo, não são, em absoluto, tarefas idênticas. Os atores que compõem essa relação são, dessa maneira, determinantes do tipo de interação que será estabelecida no trabalho de cuidar. Trata-se de relações desiguais e consubstanciais perpassadas por assimetrias socialmente estabelecidas de gênero, idade, classe social, raça e etnia, que se recobrem parcialmente, implicam um exercício de poder e exigem qualificações específicas” (Soares, 2016, p. 213).

todas as formas de desigualdades e discriminações em razão do gênero, quando inseridos no mercado de trabalho.

O cenário que ainda se apresenta no século XXI não é o dos melhores ou mais adequado para a concretização da igualdade entre os gêneros. Porém, se acredita que não será preciso passar mais de trezentos anos para que mulheres e homens possam compartilhar efetivamente a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego, no mundo do trabalho contemporâneo, como forma de respeitar os direitos humanos fundamentais de ambos e permitir um efetivo compartilhamento por uma sociedade mais justa e solidária, em respeito às suas próprias diferenças.

O progresso econômico, o desenvolvimento sustentável, a proteção social, o trabalho decente/digno, a segurança e o respeito integral e pleno à dignidade humana de mulheres e homens poderão ser alcançados concretamente a partir do reconhecimento, da importância e da efetiva prática de igualdade entre os gêneros, eliminando-se assim os obstáculos para que todos aqueles inseridos no mercado de trabalho possam exercer todos os seus direitos sem nenhum tipo de limitação ou discriminação, devido ao sexo e ao gênero, quer dizer, um justo equilíbrio que favoreça as oportunidades, o tratamento, os salários, a representação e voz de cada mulher e de cada homem, para fortalecer as relações sociais, sua convivência e sua participação social por meio do trabalho formal ou informal que assegure uma vida digna para ambos.

Referências

BESSIÈRES, Yves; NIEDZWIECKI, Patrícia. As mulheres na Revolução Francesa. *Cadernos para o Desenvolvimento do Espaço Cultural Europeu*, Bruxelas, n. 33, 1991.

CARVALHO, Maria Eulina Pessoa de. Feminismo e construção da cidadania das mulheres: avanços e desafios nos campos da educação, trabalho e política no início do século XXI. In: BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino (org.). *Gênero, educação e política: múltiplos olhares*. São Paulo: Ícone, 2009.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. *Gênero: uma perspectiva global*. São Paulo: Versos, 2015.

FERNANDES, Antonio José. *Direitos Humanos e Cidadania Europeia (Fundamentos e Dimensões)*. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

LAVINAS, Lena; CORDILHA, Ana Carolina; CRUZ, Gabriela Freitas da. Assimetrias de gênero no mercado de trabalho no Brasil – rumos da formalização. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helen; LOMBARDI, Maria Rosa (org.). *Gênero e trabalho no Brasil e na França*. São Paulo: Boitempo, 2016.

MENDES, Gabriella da Silva. *Aspectos da educação nos Estados Unidos: a formação de professores no século XIX*. [online]. Webartigos, 17 ago. 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/aspectos-da-educacao-nos-estados-unidos-a-formacao-de-professores-no-seculo-xix/111895>. Acesso em: 14 jan. 2018.

MICHELET, Jules. *História da Revolução Francesa – da queda da Bastilha à festa da Federação*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

OIT. *Conferência Internacional do Trabalho - Memória do Diretor Geral – Trabalho decente*. Genebra: OIT, 1999. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) - 1919*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Convenção n. 111/1958 - Discriminação (Emprego e Profissão)*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Convenção n. 122/1965 - Política de Emprego*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Convenção n. 175/1994 - Sobre o Trabalho a Tempo Parcial*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Genebra: OIT, 1998. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *O ABC dos direitos das mulheres trabalhadoras e da igualdade de gênero*. 2. ed. Portugal: OIT, 2007. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OIT. *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SOARES, Angelo. Cuidados e confiança. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helen; LOMBARDI, Maria Rosa (org.). *Gênero e trabalho no Brasil e na França*. Tradução Carol de Paula. São Paulo: Boitempo, 2016.

“RAREFAÇÃO” DA SUBORDINAÇÃO NA CLT REFORMADA? UMA ANÁLISE CONFORME JOSÉ MARTINS CATHARINO E A “TRADIÇÃO” DE HANS-GEORG GADAMER

Dartagnan Ferrer dos Santos*

Passados quase quinze anos de seu falecimento em 2003, José Martins Catharino ainda é um dos grandes nomes do direito do trabalho brasileiro e latino-americano. Advogado e professor emérito nascido em 1918, o mestre de várias gerações escreveu obras de enorme importância que permanecem muito consultadas e citadas, como é o caso de seu “Tratado Jurídico do Salário”, publicado em 1951. Outros marcos celebrados de sua doutrina são obras sobre o trabalho temporário, estabilidade no emprego, direito sindical, acidente de trabalho, garimpo, etc. Em suma, uma muito respeitável herança doutrinária (Academia Brasileira de Direito do Trabalho, 2017).

Por outro lado, sabe-se que o fim do direito laboral é colocar o trabalhador em pé de igualdade com o seu empregador, principalmente através do chamado “princípio da proteção”. Não obstante, em pelo menos duas de suas mais clássicas obras, Catharino (1982, p. 152) sustenta que, no que diz respeito aos “altos-empregados”, a subordinação ao empregador diminui na mesma medida em que aumenta o caráter de colaboração entre os polos da relação de emprego. Tudo isso porque a proteção que emana do Direito do Trabalho se dirigiria aos “hipossuficientes”, assim chamados os desfavorecidos economicamente; a tutela *jus* laboral não

* Doutorando em Direito do Trabalho e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro de Estudo do Trabalho (Cetra). Professor do curso de graduação em Direito no Complexo de Ensino Superior de Cachoeirinha. Advogado.

é direcionada aos *suficientes*, nem [aos] *hipersuficientes*,¹ os quais seriam empregados em condições gerais econômicas boas o bastante para serem considerados, no mínimo, menos dependentes à empresa.

Tendo em vista o inegável e perene prestígio de José Martins Catharino, cabe dizer que sua mencionada tese devia ter sido bem mais debatida durante o passar dos anos, ao invés de estabelecer o notável silêncio a seu respeito em doutrina e jurisprudência, rompido apenas por exceções com as quais se tratará adiante. Isso porque, com o advento da recente “reforma trabalhista” brasileira através da Lei n. 13.467, de 11 de julho de 2017, e seus desdobramentos, duas novas normas acrescidas à Consolidação das Leis do Trabalho – o parágrafo único ao artigo 444 e o novo artigo 507-A – parecem justamente reconhecer a diferenciação entre empregados “hipo” e “hipersuficientes” de que tratava Catharino, estabelecendo uma minoração de proteção legal aos empregados que percebam ao menos certa remuneração e, em um dos casos, ainda portem “diploma de curso superior”. Desse modo, se antes não se fez o debate sobre as mencionadas lições do jurista baiano, agora esse parece inevitável frente à alteração legal. E a proposta dogmática deste estudo é justamente contribuir para esse certamente vindouro debate.

Por outro lado, tendo em vista a considerável antiguidade da obra clássica de Catharino, pretende-se usar como método e justificativa para usá-la algumas propostas de Hans-Georg Gadamer direcionadas à interpretação e compreensão de textos produzidos em diversos momentos históricos. Neste pequeno estudo, tanto por limitação de espaço como para evitar desacerto disciplinar ou metodológico, não se buscará sequer uma revisão da monumental obra gadameriana; muito menos se elucidará tantas de suas lições complexas e vastas; estar-se-á aqui restrito a poucos dos importantes conceitos desse particular universo, tratando-se de “tradição”, de “fusão de horizontes” e correlatos, fundamentos esses que o filósofo considera inerentes à busca da compreensão – e que colaboraram para notabilizá-lo como talvez o maior nome da hermenêutica

¹ Esse e todos os demais itálicos em citações são oriundos das obras originais. Por sua vez, expressões consagradas em latim também estarão em itálico.

no século XX. Não obstante essas limitações, será feito o possível para que esse exame não reste descontextualizado, gratuito ou obscuro, uma vez que com ele se pretende a melhor compreensão e valorização da obra cinquentenária de Catharino no que tange à “rarefação da subordinação” ou dependência, lições essas que – inclusive e curiosamente – surgiram em momento mais ou menos contemporâneo àquele da mais prestigiada produção de Hans-George Gadamer.

O fundamento do ramo jurídico laboral e a proposta de minoração de proteção a empregados conforme José Martins Catharino

A subordinação e a proteção ao empregado dependente como fundamento do ramo jurídico laboral

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (1943) dispõe: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Desse modo, para que exista a relação de trabalho da espécie protegida pelo direito laboral, se faz necessário que o trabalho seja simultaneamente executado pessoalmente por pessoa física específica – *intuitu personae* –, de modo contínuo, por retribuição financeira e “sob dependência” do empregador.

Embora os substantivos “subordinação” e “dependência” nem sempre coincidam, na interpretação da norma são eles há décadas usados como sinônimos, indiferentemente. Conforme Catharino (1982, p. 198), essa dependência pode ser enfocada sob diferentes aspectos,² mas, conforme consagrado nos entendimentos de nossos juristas, é a “subordinação jurídica” ou “hierárquica” que como critério predomina na doutrina dos povos e está referida na norma consolidada transcrita. Através dela o empregado assume obrigação personalíssima de trabalhar, a qual, por

² Cf. José Martins Catharino (1982, p. 199-207) enquanto disserta sobre critérios para caracterização da “dependência”, chamando-os “técnica”, “moral”, “econômica”, “jurídica” e “social”.

suas implicações, transcende aos limites patrimoniais, donde a denominação “dependência pessoal” ou “hierárquica”. Assim, estar o empregado “subordinado” ou “dependente” é estar submetido às ordens de um ordenador³ o que, no trabalho livre, ninguém está contra a sua vontade.⁴ Esse vínculo envolve uma inegável fidúcia que torna impossível separar a pessoa do trabalhador do trabalho a que se obrigou a realizar (Catharino, 1982, p. 204-206).

Por outro lado, essa hierarquia existente na relação de emprego – além do fato inegável que o empregado muitas vezes vive exclusivamente da força de seu trabalho prestado à empresa –, expõem de modo nítido as diferenças de condições entre os polos do contrato laboral, razão pela qual para a maioria da doutrina o direito do trabalho tem como seu fundamento essencial o “princípio da proteção” a permitir ao trabalhador a manutenção de um contrato de trabalho com garantias legais em seu favor. Conforme Américo Plá Rodríguez (1978, p. 42-43), essa norma atua em três dimensões distintas: com o *in dubio, pro operario*, o que significa escolher o sentido mais favorável ao trabalhador dentre as possíveis interpretações de uma norma; com *aplicação da norma mais favorável* ao empregado, acaso exista mais de uma possivelmente aplicável à situação em exame; com a “condição mais benéfica”, impedindo a aplicação de no-

³ É importante lembrar que “a subordinação pode ser percebida em duas acepções: objetiva e subjetiva, esta última tradicionalmente mais enfatizada pela jurisprudência e doutrina pátrias.” A subordinação objetiva se faz pela integração do empregado ao empreendimento, “independente da emissão concreta de ordens patronais”, de modo que naturalmente o empregado vai cumprindo suas funções e seguindo a linha empresarial. Já a subordinação subjetiva enfoca as ordens emitidas pelo empregador e seus prepostos. O melhor é ver ambas as acepções como complementares, como faz a melhor doutrina (Oliveira; Dorneles, 2016, p. 50-52).

⁴ O contrato de trabalho em sua acepção de relação de trabalho é um contrato-realidade, pois existe nas condições reais de prestação de serviços, independentemente do que tenham tratado trabalhador e patrão. Além disso, é um contrato dinâmico (La Cueva, 1954, p. 479). A subordinação se inicia quando se inicia a prestação de serviços – enquanto nos contratos civis, tal só se dá quando há o acordo de vontades –, uma vez que a “a essência do direito do trabalho é proteger o trabalhador independentemente do que deu origem à relação jurídica.” Aqui estaria a diferença entre contrato e relação de emprego: “A relação de trabalho é o conjunto de direitos e obrigações, para trabalhadores e patrões, que emergem da prestação de serviços” (La Cueva, p. 456-457).

vas normas que eventualmente venha a piorar a situação do empregado. Por sua vez, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 1285) ressalva que no âmbito do direito coletivo do trabalho não vigora esse princípio protetor, visto que nele se estabelecem relações entre entidades coletivas de patrões e trabalhadores de força equivalente.

Não obstante a visão protetora do direito individual do trabalho não seja unanimidade na doutrina, é ela claramente majoritária,⁵ até porque é fato que as árduas conquistas dos trabalhadores devem ser mantidas, ampliadas e jamais perdidas. E assim é inclusive porque o direito é um instrumento para a obtenção da justiça, sendo que “todo [ele] está animado pela ideia de ser necessário tornar a igualdade menos imperfeita e mais efetiva”, sendo correta a busca da concretização da isonomia e da justiça no ordenamento jurídico, usando-se dos instrumentos legais para que se alcance esse desiderato, pois “o problema da igualdade está na ordem do dia, cabendo ao Direito do Trabalho vê-lo em cores vivas ao tempo em que abre caminho para ser encontrada uma fórmula objetiva para sua solução” (Catharino, 1951, p. 347). E é notável como Catharino encaminha a busca dessa igualdade material reconhecendo “diferenças maiores ou menores” ou “diferenças dentro de diferenças” entre empregados e empregadores, o que se passa agora a examinar.

O “adelgaçamento da proteção” a empregados suficientes ou hipossuficientes em oposição aos hipersuficientes conforme José Martins Catharino

A consciência social e o apreço de José Martins Catharino pelo direito do trabalho e pelos sujeitos da relação de emprego é uma realidade conhecida e transparece, por exemplo, de toda a defesa dessa tríade que ele faz em “Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, fle-

⁵ Dentre as vozes discordantes, Arion Sayon Romita (2003, p. 23) rejeita o caráter protecionista do direito do trabalho: “Não é função do direito do trabalho proteger o empregado. Função [sua] é regular as relações entre empregado e empregador, *tout court*. Afirmar *a priori* função protecionista [...] desconhece a bilateralidade da relação de emprego” e o caráter sinalagmático do contrato de trabalho.

xibilização, terceirização” (Catharino, 1997, p. 7-96). Não obstante, na mais didática de suas obras, em trecho de sugestivo subtítulo “Rarefação e Insuficiência do Elemento Caracterizante [da Relação de Emprego]”, o jurista não temeu a polêmica ou ser voz dissonante ao expor o que segue quanto ao “*adelgaçamento, diluição ou rarefação do elemento caracterizante*” da relação de emprego:

Como é sabido, quer se trate de subordinação jurídica, ou mesmo de dependência econômica, o grau é sumamente variável. De um máximo até a um mínimo. De um simples servente, *hiperempregado*, a um gerente ou superintendente, *hipoempregado*, e, por consequência, quase empregador, a distância é grande. Mas não é apenas o fator hierárquico empresário que reduz ou aumenta a subordinação jurídica ou a dependência econômica, embora seja ele o principal, quanto, socialmente falando, à “proletarização” e ao “aburguesamento” de empregados. [Com isso, se chega ao] princípio: *a subordinação cresce na proporção inversa do grau hierárquico e o adelgaçamento, diluição ou rarefação do elemento caracterizante aumenta na medida em que o empregado está mais perto do topo ou cume hierárquico*, podendo até nele estar, ao lado, cooperando ou colaborando com o próprio empregador subordinante, com poderes por este conferidos. [...] De qualquer sorte, por força mesmo da igualdade perante a lei (CF, artigo 153, § 1.0), os altos empregados, fracamente subordinados e mais bem remunerados, não devem ser tratados da mesma maneira que os simples empregados, intensamente subordinados e pior retribuídos. A proteção legal deve ser diversificada, segundo o princípio: *mais e melhor proteção na razão direta do grau de subordinação*. Sem isso, o Direito do Trabalho contradiz-se consigo próprio, pois converte-se em instrumento agravante de desigualdade, adotando um conceito abstrato de empregado, “individualista”, artificial, involutivo e antissocial (Catharino, 1982, p. 209-211).

Portanto, o autor enfrentou diretamente a “modulação” da proteção ao empregado conforme – *grosso modo* – sua posição e condição econômica na empresa; de acordo principalmente com tais fatores, variam os graus protetivos a serem conferidos ao empregado, indo desde o máximo “em se tratando de *misero*, na acepção legal do termo” e decrescendo progressivamente “em função da maior remuneração percebida pelo trabalhador”, uma vez que não se alcançaria a Justiça através de tutela “com

igual peso ou intensidade [a] empregados ganhando salário mínimo e [a] altos empregados, quase empregadores. Sem dosagem condizente e objetiva a regra seria imprestável e até odiosa” (Catharino, 1982, p. 94). “Altos empregados” são aqueles que ocupam cargos superiores, em situação confortável, encontrando-se não raramente em situação análoga aos seus empregadores; gravitam eles em uma zona *gris* da prestação laboral, entre a condição de subordinado e subordinante, como é o caso dos nomeados a cargos de direção, o que justifica o “adelgaçamento, diluição ou rarefação” acima referido. Nessa condição, a subordinação ao empregador se ameniza na mesma medida em que a liberdade, o poder decisório, as boas condições de trabalho e, principalmente, a remuneração aumentam. Também a especialização e a prevalência do trabalho intelectual podem colaborar com a redução da subordinação, mas não necessariamente, de modo que os “profissionais liberais” podem vir a ser autônomos ou empregados, sendo que neste caso o dever ético-profissional pode entrar em conflito com a obrigação de servir sob ordens de outrem (Catharino, 1982, p. 210).

Ainda sobre os altos empregados, a lição de que esses “merecem menor proteção” se repete expressamente também na obra “Contrato de emprego: com comentários aos artigos 442/510 da CLT”:

O empregador é, por excelência, o organizador e quem dirige o trabalho alheio dentro da empresa. [Porém,] além da dissociação entre o dirigir e o executar, que exige *subordinação*, mesmo o dirigir, principalmente nas empresas de médio ou grande porte, está sujeito a uma divisão de trabalho. Esta é que determina a existência dos colaboradores do empregador, empregados ou não. Quando a intensidade de colaboração suplanta inteiramente a subordinação, no plano jurídico, desaparece a relação de emprego. Quando, porém, a subordinação apenas é afetada pela colaboração jurídica, que a reduz com o conseqüente acréscimo de autonomia do trabalho, dá-se uma atenuação da primeira, embora não ao ponto extremo de desqualificar a relação de emprego. Esta é a situação em que se acham os altos-empregados, coparticipantes das tarefas empresárias a cargo do empregador, quase empregadores-colaterais, os quais, por força de suas funções, são menos empregados, e dos simples-empregados, se distinguem até psicologicamente. Irresistivelmente, por naturais inspirações, adquirem

certa mentalidade patronal e, pelos salários elevados que percebem, merecem menor proteção, sendo que sociologicamente, vão incorporar-se à classe média. Em outro sentido, aburguesam-se, tornam-se conservadores e, muitas vezes, se mostram “antiproletários”. Acomodam-se porque estão satisfeitos com o de que já desfrutam. A ordem jurídica não pode desconhecer tal situação, sob pena de acolher a injustiça e fomentar a desigualdade. Justo e lógico, portanto, que não se dê aos altos-empregados o mesmo tratamento dado aos empregados comuns, obedecendo-se, aliás, ao princípio da igualdade perante a lei (Catharino, 1965, p. 457).

Faz-se necessário dizer que, embora essa lição do jurista baiano reproduza uma realidade bastante aparente e relacionada à igualdade material,⁶ foi sempre difícil encontrar quem o acompanhasse em tal doutrina. Não se costuma encontrar remissões a esse respeito em celebradas e consultadas obras de direito do trabalho disponíveis. A maioria delas se limita a falar no princípio da proteção sem qualquer ressalva.⁷ A primeira notável exceção a respeito é Américo Plá Rodriguez (1978, p. 51), quando afirma que “se pode efetuar a aplicação desta regra [da proteção] por graus [, pois] a regra se aplica em progressão decrescente, em função da maior remuneração percebida pelo trabalhador”. Quanto aos mais consagrados doutrinadores pátrios, Orlando Gomes e Élfson Gottschalk (2008, p. 22-25) abrem a possibilidade para uma interpretação da norma assemelhada àquela de Catharino quando afirmam que o direito

⁶ O conceito clássico de igualdade dispõe que o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente, pois a desigualdade é justa quando promovida entre desiguais entre si: “parece que a justiça é igualdade, e o é, mas não para todos, senão para os iguais. E a desigualdade parece ser justa, e de fato o é, mas não para todos, senão para os desiguais.” (Aristóteles, 2004, p. 174) A ideia “material” de igualdade envolve a concreta “equiparação” e “equilíbrio” de “bens e situações econômicas e sociais” a ser estabelecido entre diferentes em determinadas circunstâncias; por sua vez, a igualdade “formal” é aquela abstrata, que se diz “perante a lei”, estabelecendo generalidade para as normas, equiparações entre diferentes e, em certos casos, diferenciações genéricas (Pérez Luño, 2007, p. 106-108). Há “continuidade entre dimensões formal e material da igualdade [, as quais] não podem ser concebidas como compartimentos estanques ou como ideais contraditórios” (Pérez Luño, 2007, p. 36).

⁷ A esse respeito, foram consultadas a título exemplificativo as obras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Amauri Mascaro Nascimento, Arnaldo Süssekind, Maurício Godinho Delgado e Sérgio Pinto Martins, cujas referências completas estão ao final.

do trabalho é “protecionista de certos indivíduos, [...] em benefício de pessoas economicamente fracas e juridicamente dependentes”, de modo que, *a contrario sensu*, seria possível argumentar que esse “caráter protecionista” não se dirige àqueles que não estão em tal condição, o que não é diretamente afirmado. Por sua vez, ao tratar das peculiaridades da boa-fé no contrato de trabalho e calçado no conceito de justiça distributiva,⁸ Francisco Rossal de Araújo (1996, p. 235-236) parte da presunção de hipossuficiência do empregado e afirma que nem sempre “o empregado está em posição débil perante seu empregador”, sendo possível que ele esteja em “posição privilegiada dentro da empresa”, hipótese em que ele pode auferir remuneração mais alta, ter melhores condições de trabalho e de negociação contratual, superior condição “dentro da hierarquia funcional da empresa [que justifica] menor [...] incidência do princípio tutelar”. Por fim, há a referência de Carmen Camino (2003, p. 192), para quem “nem sempre [há ostensiva] situação de inferioridade hierárquica [, razão pela qual] Martins Catharino fala-nos de *hiperempregados*, subordinados em grau máximo [e em] *hipoempregados*, ‘quase empregadores’”, estes sem clara subordinação, mas a qual existe de modo latente e pode ser exercida quando convier, em punições disciplinares, por exemplo, sendo que o estado de subordinação para os hipoempregados não tem grau idêntico àquele a que se submetem os hiperempregados. Vólia Bomfim Cassar (2016, p. 247) assim também entende, mas não faz referência expressa à obra de Martins Catharino.

Outra circunstância que deve ser examinada quanto a pessoas “suficientes”, “hipossuficientes” e “hipersuficientes” é sobre a possível aplicação de tais diferenciações ao empregador, o qual também pode eventualmente ser “economicamente débil”, pois muitas vezes o “empresário” é, por exemplo, um pequeno empreiteiro que investe no negócio suas

⁸ Justiça distributiva é aquela que se estabelece entre sujeitos diferentes, pois a desigualdade é justa quando promovida entre desiguais entre si; o igual deve ser tratado igualmente, enquanto o desigual, desigualmente. Trata-se de uma proporção onde ser justo significa tratar com diferença os desiguais (Aristóteles, 2004. p. 174). Sobre “iguais e diferentes”, vide o conceito de “igualdade material” acima referido em nota de rodapé, o qual “tem traços em comum” com a ideia de justiça distributiva (Pérez Luño, 2007, p. 61).

parcas economias, empregando dois ou três obreiros e, junto com eles, executando serviços para aferir um lucro bastante modesto. Às vezes, também o dono de um pequeno estabelecimento comercial é vizinho de seu empregado, vivendo em condições equivalentes e frequentando os mesmos ambientes com amigos em comum, mas se eventualmente se encontrarem em frente ao juiz do trabalho, podem acabar por serem vistos como absolutamente diferentes. Alain Supiot (2015, p. 198-199) afirma que aí o direito cumpre seu papel ao fazer “uma equivalência imaginária” que vai de encontro à realidade sociológica. Mas o fato é que, não parece correto frente aos princípios da justiça distributiva equiparar o pequeno empreiteiro ao dono de uma multinacional quando qualquer um dos dois está contraposto a hiperempregados. O empreiteiro está eventualmente aferindo um lucro poucas vezes superior àquela remuneração de seu empregado, com o qual trabalhou junto em condições muitas vezes de companheirismo e coleguismo. Por outro lado, o “auxiliar de serviços gerais” de uma grande empresa, que faça o mesmo trabalho obreiro referido tem como seu “patrão” alguém que, não raro, jamais viu; além disso, o sócio dessa grande empresa afere lucros imensamente maiores do que a remuneração de seu empregado. Sem dúvida é possível argumentar que tratar ambas as situações como “iguais” é produzir injustiça, de modo que também nesse sentido pode ser correta a esquecida lição de Catharino.

Ao final do tópico de seu ainda hoje consultado “compêndio”, Catharino chega a ser visionário ao tecer o cenário futuro da rarefação da subordinação na relação de trabalho como consequência de maior liberdade conferida ao trabalhador, até porque mesmo para seus dias o jurista já afirmara que “*não há mais sujeição ou submissão do trabalhador a quem o remunera, como no passado*”. Isso porque, quantitativamente, a subordinação e o tempo de trabalho já então eram menores, “sendo tendência reduzi-lo ainda mais”, e qualitativamente, àquela época as empresas já punham em andamento a “aludida rarefação”. Por esse andar dos fatos, o doutrinador conclui que o contrato de empregado como então poderá se transformar “em *cooperação ou colaboração [de modo que o] emprego será mera espécie decadente*” (Catharino, 1982, p. 214).

A antevisão do jurista é sem dúvida surpreendente, embora não tenha ele previsto a contraposta conexão constante ao labor de nossos dias, o que possibilita não só um sutil e permanente controle do empregado como também um indesejado “trabalho contínuo” – o qual o mestre acreditava inexistente (Catharino, 1982, p. 214) –, sendo fato que aparelhos telemáticos, internet, etc. acabam por minar a maior autodeterminação do empregado em razão da possível presença virtual do empregador ao lado do empregado e deste na empresa,⁹ a maior liberdade simultânea que existe – a outra face da moeda de nossos dias – está explícita na obra clássica com seu caráter típico de eterna fonte de diálogo com outros tempos em fusão de horizontes. Desvela-se aqui a tradição do texto repercutindo no presente para a melhor compreensão, interpretação e aplicação hermenêutica da lei. E esse é tema do próximo tópico.

A “tradição” conforme Hans-Georg Gadamer na busca da doutrina de José Martins Catharino para a análise dos novos “parágrafo único” do “artigo 444” e “artigo 507-A” da CLT reformada

A tradição conforme Hans-Georg Gadamer

A marca de Hans-Georg Gadamer no cenário da filosofia da segunda metade do século XX não pode ser superestimada. Nascido em 1900 e falecido em 2002, o longo pensador marcou seu tempo com seus estudos, interpretações e acréscimos a Platão, Aristóteles, Hegel, Husserl e Heidegger; travando diálogos e debates profícuos com Emilio Betti, Paul Ricouer e Giacomo Vattimo e, principalmente e é claro, com sua “hermenêutica filosófica” (Kahlmeyer-Mertens, 2017). “Verdade e Método”, sua *magnum opus*, “catapultou a hermenêutica ao centro dos debates filo-

⁹ Essa conexão constante – a qual se contrapõe um nascente “direito à desconexão” (Cf. Souto Maior, 2003) – é fruto da onipresença do local de labor, o qual se estende para além das áreas da empresa e pode adentrar até mesmo o lar do empregado, o que configura a “deslocalização do trabalho (ou de grande parte dele) pela via tecnológica” (Feliciano, 2013, p. 75).

sóficos” (Gondrin, 2012, p. 61). Com a progressiva consagração da obra gadameriana, foram forjados ou esclarecidos conceitos hoje fundamentais para o pensamento, para a interpretação e para a metodologia das ciências humanas, como aqueles de “círculo hermenêutico”, “diálogo”, “jogo da arte/compreensão” dentre tantos outros (Kahlmeyer-Mertens, 2017).

E foi assim que em um cenário advindo principalmente do iluminismo onde a crença no racional fez com que se refutasse o valor dos pré-conceitos, da autoridade e da tradição, Gadamer propôs sua reabilitação (Heck, 1992, p. 440). Árdua tarefa, uma vez que a palavra “pré-conceito” faz associar logo a “preconceitos”, o que o senso comum presume e usa de modo extremamente negativo; porém, o termo visado por Gadamer é tão somente um juízo prévio que se procede antes de se examinar a totalidade do questionamento em pauta; não se trata de falsidade, mas de legítima antecipação de conclusão que após será ou não confirmada, ao mesmo tempo em que se refutam conceitos prévios que “nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição” (Gadamer, 2015, p. 359-360). Notório humanista, evidente que Gadamer não estaria a reabilitar visões discriminatórias ou depreciativas (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 90). O que é buscado nos “pré-conceitos” é a antecipação mental de sentido que orienta a busca pela melhor compreensão; trata-se de um movimento circular, partindo das primeiras ideias sobre o assunto do texto em leitura – o que remete a uma “pré-compreensão” –; depois, a segunda leitura está já melhorada pela prévia percepção do texto; e assim sucessivamente, em novas e melhores compreensões sobrecarregadas. Essa “bagagem anterior” que se traz em si contém o bom pré-conceito e constituiu em um indivíduo nada menos que “a realidade do seu ser” (Gadamer, 2015, p. 368-88).

No que diz respeito à autoridade, essa é valorizada pelo hermenêuta quando não está calcada em mero obedecer, no arbitrário ou no irracional, mas fundamentada em conhecimento dela justificador; aceitar o fundamento de autoridade não deve se tratar de submissão, mas de “ato de reconhecimento de [...] que o outro está acima de nós em juízo e visão [, com consequente] primazia em relação ao nosso próprio juízo” (Gadamer, 2015, p. 371). Portanto, é preciso “diferenciar a conduta dotada

de autoridade da atitude autoritária”, pois a segunda está fundamentada mera ou primordialmente na força, o que não nos serve (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 90). E, “no contexto da hermenêutica filosófica contemporânea, a tradição surge como ‘uma’ forma de autoridade, [que,] para Gadamer, está inserida na própria história, na própria tradição”; ou no racional próprio do histórico (Schuck, 2007, p. 131). Essa historicidade é o “recuo no tempo, a distância temporal, que permite fazer a triagem entre os bons e maus pré-juízos”, paradoxalmente desfazendo “preconceitos” que existem contra todos os – inclusive “bons” – “pré-conceitos” (Gondrin, 2012, p. 68-70).¹⁰

Portanto, pré-conceitos, autoridade e historicidade são conceitos ligados àquele de tradição, o qual permite o conhecer na medida em que se aceita o que o passado tem a nos dizer, de modo que a experiência abra uma pretensão de verdade (Gadamer, 2015, p. 471-472). Por outro lado, a leitura e assimilação do tradicional não significa sua recepção total e acrítica, pois “escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências do espírito [; e criticá-la,] acaba servindo ao objetivo de encontrar-nos na autêntica tradição em que nos encontramos” e fazendo-nos ir “além de nós mesmos” (Gadamer, 2011, p. 53). Em “o problema da consciência histórica”, expunha Gadamer (1998, p. 14) que “esse processo de confronto permite que o novo venha à luz pela mediação do antigo”, de modo análogo àquele do diálogo. Como reação ao racionalismo iluminista que rejeitava o passado, “o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica” em seu retorno às fontes originais em “uma tarefa profundamente hermenêutica” (Gadamer, 1983, p. 65).

Também essencial para este estudo é a ideia de “fusão de horizontes”, a partir daquilo que se vislumbra desde determinada perspectiva e se abre, se altera, se estende, etc., a partir do movimento com que a paisagem é vis-

¹⁰ Na obra citada, a tradução para Jean Grondin prefere o termo “pré-juízo” ao invés de “pré-conceito”, o que parece justificado tendo em vista o termo “*Urteil*” do original alemão que bem se traduz por “juízo”, como consta inclusive da própria versão de “Verdade e Método” aqui referida (Gadamer, 2015, p. 360).

ta; diferentes visões de um mesmo cenário acabam sobrepostas, pois “cada um jamais é um indivíduo solitário, pois está sempre compreendendo com os outros”; inclusive, através de perguntas e respostas recíprocas que buscam a correção (Gadamer, 2015, p. 399-402). É assim porque “entender o passado não é sair do horizonte do presente, e de seus pré-juízos, para se transpor ao horizonte do passado [, mas fundi-los; e ainda fazer a fusão] do intérprete com aquilo que ele entende” (Gondrin, 2012, p. 73). Assim, os horizontes sobrepostos podem envolver a mediação entre o que traz a tradição e o que se tem no presente daquele que interpreta um texto, além de estabelecer o encontro deste leitor com o texto que lê.

Os conceitos acima e ideias correlatas de Gadamer são aptos a demonstrar a importância da leitura do clássico, daquilo que nossos antepassados nos legaram como tradição histórica para a busca da melhor compreensão de conceitos de nossos dias. Conforme a crítica gadameriana ao racionalismo radical típico do momento iluminista, o passado nos é necessário ao entendimento do presente. E tal se dá através de uma união de perspectivas clássicas e hodiernas que se revela indispensável para melhor resultado. Isso é particularmente importante para o direito, obra humana tão milenar. Por isso, pretende-se a seguir inter-relacionar os ensinamentos clássicos de Catharino expostos no tópico anterior com o muito recente acréscimo de duas normas acrescidas à CLT brasileira; com isso espera-se ter a busca da tradição e a análise do hoje, unindo ambos.

Análise das normas da CLT Reformada que determinam “rarefação da proteção” nos termos pensados por José Martins Catharino

De uma perspectiva da tradição jurídica, Catharino (1982, p. 92) recorre à obra “Hermenêutica e aplicação do direito” de Carlos Maximiliano (1941), pela qual expõe que “*hermenêutica* é a teoria científica da arte de interpretar [na] busca do sentido e alcance das normas jurídicas [para a] aplicação [pelo] enquadrar um caso concreto na norma jurídica

adequada”.¹¹ Do ângulo filosófico pós-Gadamer, cabe acrescentar que “qualquer interpretação conta sempre com uma antecipação da compreensão do mundo fático desde o qual já estamos” (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 57-58), de modo que “a interpretação surge [...] como uma característica essencial de nossa presença no mundo” (Gondrin, 2012, p. 14). A interpretação, enquanto tornar concreta a lei “é a tarefa da aplicação [...] sendo este o problema central da hermenêutica”, uma vez que só é possível aplicar aquilo que já está assimilado. É assim que o jurista faz a ponte entre a abstração legal, a realidade concreta em exame e o resultado do exame de ambos; conforme Gadamer, não há grande distância entre a hermenêutica das ciências do espírito e aquela especificamente jurídica, malgrado esta tenha “um objetivo dogmático” (Gadamer, 2015, p. 405-429), visando a aplicação da lei ao caso concreto.

É com isso em mente que abaixo se transcrevem as duas novas normas acrescentadas à Consolidação das Leis do Trabalho (1943) pela Lei n. 13.467 (2017), bem como a redação inalterada do *caput* de seu artigo 444 e o necessário *caput* do artigo 611-A conforme a mencionada lei e a Medida Provisória 808/17 – cujos incisos e parágrafos estarão transcritos de modo exemplificativo em nota de rodapé, visto ser desnecessária sua transcrição total:

Artigo 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no artigo 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diplo-

¹¹ Não seria difícil consultar a própria obra de Carlos Maximiliano, a qual tem edições muito recentes. A transcrição através de seu pensamento através de Catharino tem o fim de demonstrar mais uma vez como a leitura da tradição é tão importante quanto recorrente no cenário do direito e das ciências do espírito; é o que o doutrinador *jus* laboral está fazendo na passagem – inclusive chamando sua referência de “clássica e insuperável”.

ma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

.....

Artigo 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017).

.....

Artigo 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do artigo 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] ¹²

Partindo-se da ideia de Hans-Georg Gadamer (2015, p. 357) de que trazemos “opiniões prévias de conteúdo que constituem nossa pré-compreensão, com as quais lemos os textos”, é inegável que um jurista habituado com o direito do trabalho brasileiro já carrega uma larga ideia prévia dos termos do artigo 444 da CLT, norma fundamental para análise do não menos estruturante conceito de contrato de emprego, o qual se caracteriza em nossa ordem jurídica como um misto de autonomia das partes e normas institucionais protetoras que incidem sobre a relação de emprego (Camino, 2012, p. 80). E o que o novo parágrafo único vem a fazer é aumentar consideravelmente essa possível autonomia entre as partes no caso em que o empregado for “portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”,

¹² “I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017); [...] V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017); [...] § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do artigo 8º desta Consolidação. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017); [...]” (Consolidação das Leis do Trabalho, 1943).

estabelecendo assim uma presunção de menor grau de subordinação ou dependência econômica para aqueles trabalhadores formalmente mais instruídos e notoriamente melhor remunerados do que a maioria dos trabalhadores do país.

Por outro lado, o novo artigo 507-A estabelece uma novidade para nossa ordem jurídica: a possibilidade de opção por “cláusula compromissória de arbitragem”¹³ para aqueles empregados que auferiram remuneração maior do que “duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, de modo que novamente aqui se presume menos dependentes certos trabalhadores em razão de sua melhor remuneração. Tanto é assim que já se vê expressamente em primeiros comentários à nova lei que a norma se dirige “ao hipersuficiente” – em negrito, no original! –; por outro lado ressaltando que haverá debates em razão da “linha de entendimento de que, mesmo em relação ao hipersuficiente, continua existindo o estado de subordinação jurídica inerente ao contrato individual de trabalho” (Nahas; Pereira; Miziara, 2017, p. 340). Cabe, porém, pensar que, tendo em vista a tão forte tradição conciliatória na Justiça do Trabalho – onde há pelo menos dois momentos em que a

¹³ A Lei n. 9.307 (1996) dispõe sobre a arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dentre suas normas mais relevantes para a questão em pauta, frisa-se que a lei trabalhista só admite “cláusula compromissória de arbitragem” e aponta-se: “Artigo 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Artigo 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.” Por outro lado: “Artigo 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.” Assim, “pela cláusula compromissória, as partes submetem, desde já, um possível conflito à arbitragem. Já no caso de compromisso, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual, surgido durante ou após a relação contratual” (Nahas; Pereira; Miziara, 2017, p. 341).

tentativa de transação de direitos é obrigatória – é de se pensar se será produtiva a remissão à arbitragem de algumas questões que poderiam ser talvez mais célere e equanimemente conciliadas frente ao juiz do trabalho, naquele que é o momento “ápice da explicitação da fraternidade no direito” (Barzotto, 2016, p. 51-53).

Gadamer nos legou a lição de que a compreensão inevitavelmente envolve reconhecer a herança do passado (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 84), mantendo-se aí a consciência histórica cultural “por ser cultivada, aceita e justificada [, sendo] tão legítimo aceitar a tradição justificadamente quanto questioná-la” (Japiassú; Marcondes, 2006, p. 269-270). E com isso em mente, contrapondo-se ao que a maioria diz a respeito da dependência, cabe revisitar o que expunha José Martins Catharino (1982, p. 152) sobre o direito laboral proteger “os ‘*hipossuficientes*’, na expressão feliz de A. F. Cesarino Júnior, e não os *suficientes*, nem os *hipersuficientes*”, fazendo-se essa proteção em maior ou menor grau de acordo com tais realidades, percebe-se que a nova lei assimilou essa lição diferenciadora; ao presumir maior autossuficiência a certos empregados e com isso conceder-lhe maior autonomia de vontade na celebração do contrato de emprego ou mesmo em sua eventual discussão por arbitragem, trazendo com isso o ônus de deixar de aplicar *a priori* grande parte da proteção legal garantida aos demais empregados, parece claro que as normas estão admitindo como “suficientes” ou “hipersuficientes” aqueles trabalhadores nelas descritos. Em outros termos, para certas condições deixa-se para trás a generalidade do direito do trabalho e a consequente equiparação entre a quase totalidade dos empregados¹⁴ até então estabelecida e estipula-se diferenciação para determinados empregados com o “adelgaçamento” da proteção conferida àqueles que a lei presume menos necessitados.

¹⁴ A lei e a jurisprudência já faziam certas diferenciações entre empregados supostamente mais ou menos dependentes. As normas da CLT (1943) que excluem os gerentes e assemelhados de seu capítulo referente à jornada de trabalho é exemplo: “Artigo 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial (Incluído pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994)”.

Conforme Gadamer, desde Sócrates nos foi herdada a ideia de que é mais difícil perguntar do que responder; “para todo conhecimento e discurso em que se queira conhecer o conteúdo das coisas *a pergunta toma a dianteira*”, abrindo e delimitando a questão (Gadamer, 2015, p. 473-475). Com isso em mente, parece que o principal questionamento quanto ao tema em estudo é quanto à possibilidade ou não de se reconhecer “graus” de subordinação ou dependência. O que a doutrina consagrou, ressalvados Catharino e algumas outras vozes, foi a totalidade da presença ou a inexistência completa do elemento subordinante/dependente. De fato, a maior parte das opiniões doutrinárias, jurisprudenciais, etc., desconsideram a possibilidade de se falar em empregados “menos ou mais” dependentes e, por consequência, também negam a possibilidade de uma “rarefação de subordinação”, partilhando da tese de que a subordinação – pura e simples, sem menção a graus – diferencia “hipóteses excludentes”, como àquela do empregado e do trabalhador autônomo (Delgado, 2007, p. 302). Não obstante, a lei reformadora realizou a diferenciação da dependência em ao menos duas situações; e ao se julgar questões referentes ao tema, não se deverá mais simplesmente negar a diferença entre empregados; havendo a intenção de afastar a aplicação das normas, será necessário fundamentos de princípio, constitucionais, etc. que as afastem; e o tempo demonstrará se será a lição de Catharino ou aquela – até há pouco? – consagrada que prevalecerá.

Por outro lado, cabem também alguns questionamentos quanto aos textos legais: por que na primeira norma examinada se faz também a exigência de curso superior e para a outra não? E por que existem sutis diferenças no valor que deve auferido em cada um dos casos? Na aparente falta de justificativas plausíveis – sejam elas jurídicas ou fáticas – para tais diferenças, a resposta pode estar no evidente açodamento com que foi procedida a “reforma trabalhista” pela Lei n. 13.467 (2017) e normas outras, sendo essa pressa apenas um dos tantos problemas que se vislumbram facilmente nessa alteração estrutural no direito do trabalho brasileiro, marcada pela ausência de um debate maior a respeito de tantas alterações polêmicas, profundas e muitas vezes claramente prejudiciais ao polo

mais fraco da relação de emprego. Não obstante, o fato é que tal discussão – que deveria ser prévia, uma vez que “nós não somos independentemente de tradições, assim como não conseguimos pensar fora delas” (Schuck, 2007, p. 169) – doravante é e será feita *a posteriori*; e permanecerá sendo realizada na doutrina, na jurisprudência, em possíveis novas normas, etc., talvez esclarecendo ou melhorando os termos gerais da reforma, inclusive examinando a importante questão de sua legitimidade.

Outro problema nas normas versando sobre o valor efetivo do salário ou da remuneração de empregados é aquele quanto ao domicílio em locais diversos e com evidentes diferenças de custo de vida. De fato, para usar do exemplo mais evidente, “duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” pode ser um valor corriqueiro e até irrisório nas cidades de São Paulo ou Rio de Janeiro, enquanto é possível significar das maiores remunerações em pequenas localidades em certas regiões do interior do país. Sabe-se que a lei trabalha com padronizações, isso é inevitável e evidente;¹⁵ porém, é possível que em situações como essa a equidade e a justiça levem o julgador a enfrentar o difícil problema de, em princípio, não poder modular a lei em questão – sendo sabido que “na clareza cessa a interpretação” e só se poderia falar em interpretação da norma “*in dubio pro operario*” se houvesse “verdadeira dúvida” emergindo de seu texto (Plá Rodrigues, 1978, p. 45). Além disso, a lei fala em valor nominal, não de poder aquisitivo. Com o passar do tempo a jurisprudência certamente enfrentará essas difíceis questões pois, na busca do justo, “aquele que ‘aplica’ o direito [...] se vê obrigado a atenuar o rigor da lei. [...] Atenuando a lei não faz reduções à justiça, mas encontra um direito melhor” (Gadamer, 2015, p. 419). Porém, como fazê-lo quando a lei é bastante clara?

Deve-se por fim afirmar que o chamado “adelgaçamento” protetor a certos empregados, conforme proposto por Catharino, acabou por

¹⁵ De fato, generalizações e padronizações são mesmo, embora problemáticas, inerentes à lei (Schauer, 2003, p. 57-8); e, como lecionou Hart, “fatos são tratados de modo semelhante porque a lei os faz semelhantes. Mas a lei os faz assim, e às vezes só os faz assim, porque eles realmente se assemelham” (Schauer, 2003, p. 206).

emergir na “reforma trabalhista”, não parece representar o fim do princípio da proteção ou do direito do trabalho; tampouco há lesão à justiça quando se pensa em igualdade material. E talvez a ideia da subordinação invariável não seja o melhor modo de se alcançar a justiça, particularmente enquanto as relações, formas e postos de trabalho vêm mudando consideravelmente e caracterizando cada vez maiores diferenciações entre empregados em um contexto em que toda a sociedade se fragmenta em “múltiplas formas de comunitarismo (religioso, regional, sexual, étnico, corporativo, etc.)” (Supiot, 2004, p. 65).¹⁶ Nesse cenário, é possível que esse tipo de visão diferenciadora signifique a adequação do direito laboral às transformações de nosso tempo, impondo ao ramo jurídico também se reinventar, enquanto conferir o *status* de dogma a uma suposta inalterabilidade do conceito de subordinação pode ser condená-lo à irrealdade.

Considerações finais

O direito laboral visa proteger o trabalhador em razão de sua hipossuficiência em relação ao empregador. Porém, isso faz nascer a questão quanto a ser ou não lícito e jurídico “dosar” essa tutela de acordo com a posição do empregado na empresa; e, se a resposta é positiva, deve-se responder sobre o *quantum* protetivo a ser conferido ao empregado para que efetivamente esteja esse em situação de igualdade. Outros questionamentos poderiam ser postos, como quanto a patamar tutelar “mínimo” ou “máximo”. Conforme exposto, José Martins Catharino foi um dos poucos a enfrentar essas e outras questões relacionadas, defendendo a “rarefação da proteção” para empregados mais favorecidos porque es-

¹⁶ Ao se fazer essa segunda referência ao jurista francês, agora que já se examinaram traços da hermenêutica que se visa, cabe registrar uma advertência de Luís Afonso Heck (1992, p. 441) sobre a constituição econômica brasileira que certamente se deve sempre ter em mente ao interpretar a lei: “O nosso horizonte histórico, a nossa tradição tem um tema diverso daquele das teorias [alienígenas]. Ora, qual a pré-compreensão que daí resulta? Se o pré-juízo é falso, evidente que há prejuízo”. Desse modo, há que se ter cuidado com a possibilidade de se trabalhar com pressupostos interpretativos exteriores deslocados de nossa realidade, pois assim sendo, eles não servem ao fim visado; e, ao invés de “pré-conceito” para compreensão, fazem nascer “prejuízo” a ela.

ses seriam “menos dependentes”. E é notável como cerca de meia década após a defesa dessas lições vêm à tona seus ensinamentos através da polêmica – para dizer o mínimo – “reforma trabalhista” procedida pela Lei n. 13.467 (2017), enquanto essa passa a permitir menor “dosagem” protetiva a empregados supostamente menos dependentes que outros. O tempo da escrita por Catharino e este da promulgação da lei se fundem no horizonte interpretativo.

Certamente a “reforma trabalhista” não é o melhor *locus* jurídico para se encontrar traços da obra do jurista baiano; é certo que seria mais adequado ver sua obra sendo discutida amplamente, sem pressa ou certa truculência, para se acatar ou não suas ideias em lei, doutrina e jurisprudência. Não foi o que aconteceu, o que tampouco ameaça o prestígio da grande obra reconhecidamente humanista de Catharino. E, no andar dos fatos e do tempo, poder-se-á observar se as duas novas normas consolidadas de fato serão efetivas em diferenciar os empregados entre si de modo análogo àquele daquelas lições traçados em meados do século XX. Parfraseando o poema de Stefan George que inspirou Gadamer (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 83), aqueles novos parágrafo e artigo que chegaram à CLT “acontecem para nós através das obras de ilustres antepassados”.

Referências

ACADEMIA BRASILIENSE DE DIREITO DO TRABALHO. *Cadeira 2*. Patrono. José Martins Catharino. Disponível em: <http://abradt.org/josecatharino.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.

ARISTÓTELES. *Política*. Introducción. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, 2004.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Acesso à justiça e fraternidade: o exemplo da conciliação. In: GUEDES, Priscila dal Ponte Amado; GUEDES, Gabriel Pinto; BARZOTTO, Luciane Cardoso (orgs.). *Direito e Fraternidade: em busca de respostas*. Porto Alegre: Sapiens, 2016.

BRASIL. *Decreto Lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 15 jan. 2018.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CAMINO, Carmen. Relação de emprego e seus efeitos: a delicada questão da eficácia do contrato de emprego frente às nulidades. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de (orgs.). *Temas de direito e processo do trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. V. I: Relação de emprego – Estudos em homenagem a Paulo Orval Particheli Rodrigues.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. V. 1.

CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego: com comentários aos arts. 442/510 da CLT*. 2. ed. rev. atual. e aum. Guanabara: Edições Trabalhistas S.A., 1965.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997.

CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1951.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica* (org.). Pierre Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Trad. Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRONDIN, Jean. *Hermenêutica*. Trad. Marcos Marcionillo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HECK, Luis Afonso. Hermenêutica da constituição econômica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 29, n. 113, p. 415-446, jan./mar. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175987>. Acesso em: 19 jan. 2018.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2006.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. *10 lições sobre Gadamer*. Petrópolis: Vozes, 2017.

LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. Tomo I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. *CLT comparada urgente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do trabalho: individual e coletivo*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. (a cargo de Rafael González-Tablas Sastre). Madrid: Editorial Dykinson, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Edição da Universidade de São Paulo, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Belknap, 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região*, Campinas, n. 23, p. 296-313, jul./dez., 2003. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/revista-23>. Acessado em: 10 jan. 2018.

SCHUCK, Rogério José. *Através da compreensão da historicidade para uma historicidade da compreensão como apropriação da tradição*. 2007. 193 f. Tese (Doutorado em filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. 3. ed. “Quadrige”. Paris: Presses Universitaires de France, 2015.

SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONSENTIMENTO DO EMPREGADO: JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Luciane Cardoso Barzotto*
Leonardo Stocker Pereira da Cunha**

Tramita no Brasil a PEC 17/2019. Por meio dessa emenda constitucional, haverá um acréscimo do inciso XII-A, ao art. 5º, e do inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir, respectivamente, a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.

Obviamente, a nova proteção, tanto da referida PEC como da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), atingirá os contratos de trabalho dos empregados no Brasil. Ocorre que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi alvo de diversas ações com trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, como são por exemplo, as ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393.

Ainda, a partir da perda de validade da MP 959, em 27 de agosto de 2020, e a possível entrada em vigor da LGPD, haverá uma responsabilidade patronal ampliada que envolve o tratamento dos dados dos empregados e de terceiros, consumidores e outros *stakeholders*. Portanto, os empresários deverão dar treinamento sobre consentimento de dados,

* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora do PPGDir Mestrado e Doutorado (UFRGS). Juíza Titular da 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

dados sensíveis, que envolvem ações como solicitar, retirar, repassar, reter dados. Tudo isso, repita-se, envolverá treinamento.

No plano internacional, OIT, há o Repertório de Recomendações Práticas de Proteção de Dados Pessoais do Trabalhador da OIT (1997), o qual sugere diversas condutas com relação ao tratamento de dados, inclusive que serão contempladas na legislação brasileira.

A jurisprudência trabalhista tem compreendido em seus precedentes que a exigência de certidão de antecedentes criminais de pré-candidato a emprego somente se justifica em razão de previsão em lei, da natureza do ofício ou do grau especial de fidedignidade exigido. Diferente dessas situações, são ilegítimas as exigências de tal documento e caracteriza ato ilícito passível de indenização extrapatrimonial.

No entanto nossa abordagem não tratará apenas desta situação de dados negativos sobre empregados, mas de todos os dados dos empregados, nesta nova ótica protetiva.

Pretendemos analisar a jurisprudência prévia à vigência da LGPD nos tribunais do trabalho, a fim de identificar como os dados do trabalhador são tratados antes da vigência da Lei. Num segundo momento, analisaremos os novos princípios que ampliam a proteção de dados na nova legislação, com ênfase no consentimento.

A jurisprudência trabalhista sobre proteção de dados

Buscamos analisar alguns acórdãos sobre o tema da proteção de dados do empregado, antes da entrada em vigor da LGPD.

Na decisão, cuja ementa segue transcrita a seguir, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho que a imposição pelo empregador de realização de exame de sangue viola a intimidade do empregado, máxime porque não tem vinculação ou necessidade à luz da relação de emprego:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSIÇÃO EMPRESÁRIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE SANGUE. OFENSA À INTIMIDADE DA EMPREGADA. Não há dú-

vida de que os empregadores se obrigam ao cumprimento dos preceitos atinentes à saúde do trabalho previstos na Convenção n. 161 da OIT, mas, por certo que dentro de certa ética e em consonância com a legislação que confere proteção às informações e aos dados atinentes à vida privada do empregado. Assim, a imposição empresária quanto à submissão da reclamante à realização de exame de sangue, sem a sua prévia autorização e sem que lhe sejam informadas a finalidade e os dados que seriam obtidos por meio do aludido procedimento laboratorial, configura atitude leviana e discriminatória. Tal situação caracteriza nítida invasão de privacidade, mormente quando se verifica que a obrigatoriedade do exame não decorreu da necessidade do acompanhamento da saúde da laborista em relação ao trabalho. Não há, pois, como se conferir legitimidade à conduta da reclamada contrária ao ordenamento jurídico pátrio e em desconformidade com as recomendações da OIT a respeito da proteção à intimidade do trabalhador (Acórdão TRT 3ª / Oitava Turma / 2007-08-22 – Localidade 3ª Região – Minas Gerais – Tribunal Regional do Trabalho. 8ª Turma: 22/08/2007).

Nos casos a seguir, cujas ementas também seguem transcritas, tanto para o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região quanto para o Tribunal Superior do Trabalho, houve exigência legítima de atestados de antecedentes criminais para vaga de emprego. Para proteger clientes, os antecedentes criminais do empregado foram exigidos, mormente à luz da atividade a ser desenvolvida que exigia idoneidade para uso de dados de terceiros:

DIREITO DO TRABALHO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CENTRO DE TELE-MARKETING. ATIVIDADE RELACIONADA AO MANUSEIO DE DADOS PESSOAIS DE CLIENTES. ALEGAÇÃO DE DANO MORAL POR ATO DISCRIMINATÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Tendo em vista que o exercício da atividade exercida pelo empregado lhe permite o acesso a dados pessoais de clientes, cujo conceito insere-se na proteção constitucional do direito fundamental à intimidade, é justificável a exigência da apresentação de certidão de antecedentes criminais, não configurando a conduta ato discriminatório ou lesivo ao trabalhador. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão TRT 13ª Região / Núcleo de Jurisprudência – Acórdão n. 149776 – 13ª Região – Paraíba – Tribunal Regional do Trabalho. Tribunal Pleno. Data 11/02/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. DANOS MORAIS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUANDO DA CONTRATAÇÃO. ATENDENTE DE TELEMARKETING. 1. Consta do v. acórdão regional que a autora foi contratada para a função de atendente de telemarketing. Considerando o acesso da reclamante aos dados pessoais dos clientes, o e. TRT entendeu que a simples solicitação de certidão negativa quanto a antecedentes criminais, por si só, não configura atitude discriminatória em face do postulante. 2. A exigência de certidão de antecedentes criminais, mormente quando efetuada diretamente ao candidato ao emprego, não tem o condão de violar a dignidade, intimidade ou a vida privada da pessoa. Ademais, a teor do acórdão regional, tal exigência se deu de forma motivada, tendo em conta o acesso que a empregada teria aos dados pessoais e de crédito dos clientes da empresa. 3. Incólumes os artigos 1º, III, 5º, I, II, III, V e X, 7º, caput e XXX, 170, VIII, da Lei Maior; 1º da Lei 9.029/1995; 8º, caput e parágrafo único da CLT; 186, 187 e 927 do Código Civil. Aplicação da Súmula 296/TST e do artigo 896, “a”, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido (AIRR-129100-82.2012.5.13.0007, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 14/11/2013).

Em outro acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, cuja ementa segue transcrita, houve uma colisão de princípios, dos valores da transparência da administração *versus* a privacidade do empregado. No caso, a divulgação da empresa foi considerada abusiva por extrapolar as exigências legais e expor desmedidamente os empregados da empresa pública:

REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS. EMPRESA PÚBLICA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. O princípio da publicidade é consagrado no caput do art. 37 da CF. Sua importância decorre do fato de a Administração Pública tutelar interesses públicos, devendo seus atos ser praticados com transparência. Essa condição é indispensável ao controle dos atos administrativos que, além de ser uma atribuição estatal, pode ser exercido também pela sociedade, não só na defesa de interesses individuais, mas também coletivos. Ocorre que a norma constitucional que estabelece o princípio da publicidade, garantindo o direito à informação, deve ser compreendida em conjunto com

outros preceitos constitucionais que a restringem. Nesse campo, os incisos X, XXXIII e LX do art. 5º da CF, que preservam o direito do cidadão à intimidade. A divulgação, pela empresa, de lista nominal, contendo a remuneração específica de cada empregado implica difusão abusiva de dados pessoais dos trabalhadores, violando o direito à intimidade, porquanto extrapola a determinação contida no art. 39, § 6º, da CF, que admite, tão-somente, a publicação dos valores destinados aos cargos e empregos públicos sem individualização dos titulares. A conduta ilícita da empresa autoriza a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em consonância com art. 5º, X, da CF. Incólume o art. 37, caput, da CF. (Acórdão do processo n. RR-356400-74.2007.5.09.0022 – 6ª turma - 02/06/2010).

No caso a seguir, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que empresas provedoras de internet não poderiam ser responsabilizadas por divulgação de conteúdo discriminatório, sendo da empresa que faz a divulgação eventual responsabilidade por discriminação na contratação:

RECURSO DE REVISTA. VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPRESA PROVEDORA DE APLICAÇÕES DA INTERNET. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIVULGAÇÃO DE ANÚNCIOS DE EMPREGO. VEDAÇÃO À PUBLICAÇÃO DE DESCRIÇÕES DISCRIMINATÓRIAS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MARCO CIVIL DA INTERNET. 1. A controvérsia cinge-se na responsabilidade civil da empresa ré (provedora de aplicações da internet), a qual mantém site de divulgação de anúncios de emprego, diante de eventuais descrições discriminatórias para contratações. O autor, nesse aspecto, postulou a condenação da empresa ré em obrigação de não fazer, “no sentido de que não insira, nem permita que seja inserido, em anúncio de oferta de emprego, exigências de caráter discriminatório, entendidas como tais, além daquelas expressamente relacionadas na Constituição Federal (gênero, raça, idade ou origem), outras como existência de restrições junto ao Serasa, boa aparência, inexistência de reclamações trabalhistas ou quaisquer outras que, por injustificadas, venham a atentar contra a igualdade de oportunidades no trabalho” (fl. 13), bem como a fixação de multa cominatória e indenização por dano moral coletivo. 2. A Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) passou a regulamentar a responsabilidade civil por

ato de terceiros no âmbito das empresas provedoras de aplicações da internet, consideradas como tais as que atuam junto ao “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII), como no caso da ré, mantenedora de site com anúncios de emprego. 3. Nesse aspecto, consoante a disciplina do “caput” do art. 19 a lei almejou, primordialmente, assegurar o direito fundamental à liberdade de expressão e vedar a censura desmesurada no âmbito da internet, possibilitando o amplo acesso à informação. Para tanto, afastou a responsabilidade civil imediata das empresas provedoras de aplicações, a qual somente se apresenta quando desrespeitada determinação judicial para retirada de conteúdo. Julgados do STJ. 4. Por outro lado, a formulação de pedido genérico pelo Ministério Público do Trabalho afronta o Marco Civil da Internet (art. 19, § 1º), para o qual a ordem judicial deve conter descrição clara e específica do conteúdo a ser excluído. Julgado do STJ. 5. Dessa forma, deve ser mantida a improcedência dos pleitos formulados em ação civil pública, uma vez que à empresa ré não cabe a imediata responsabilidade civil pelo ato de terceiros que se utilizam da plataforma para anunciar vagas de emprego. 6. Recurso de revista não conhecido. (RR-1180-40.2015.5.09.0684, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 23/11/2018).

Por fim, no caso a seguir, o sindicato não restou responsabilizado por repassar dados dos empregados, eis que o ato de repasse de informações foi do próprio estado do Piauí:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. EMPREGADO NÃO SINDICALIZADO QUE TEVE DESCONTADA NO CONTRACHEQUE A CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/CONFEDERATIVA. O Regional, instância soberana na análise de matéria fática, a teor da Súmula 126 do TST, concluiu que não houve dano moral, fundamentando que o acesso aos dados do reclamante não foi feito pessoalmente pelo Sindicato recorrido, e sim pelo Estado do Piauí, a quem o autor se encontra vinculado estatutariamente, e, justamente por isso, possui suas informações pessoais e financeiras. Asseverou também que, embora o Sindicato, ao receber do Estado do Piauí valores descontados de seu contracheque, tenha conhecido seus dados funcionais, não se infere daí a existência de danos

morais, pois não há informação de que houve divulgação desses dados sem permissão do autor. Em tal contexto, não há falar em violação dos arts. 5º, X, e 8º, V, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR-1739-76.2011.5.22.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 12/04/2013).

Em uma análise geral das decisões transcritas, verifica-se que a matéria de proteção de dados na jurisprudência anterior à LGPD (ainda não vigente) tem a tendência de limitar informações desabonadoras sobre a vida pregressa do trabalhador (antecedentes criminais) e se baseia em pedidos, que dizem respeito à contratação discriminatória. Quanto à discriminação geralmente se verifica possível violação ao art. 1º, da Lei 9.029/95, na qual consta que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal

Também se verifica a responsabilização de empregador por danos morais e aplicação do art. 186 do Código Civil ao mencionar “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 927 do Código Civil é frequentemente mencionado para a necessidade de reparação dos danos. Não se encontraram decisões sobre a aplicação do art. 223 da CLT, com a tabulação de danos morais trazida pela reforma trabalhista.

Mais recentemente, sobre trânsito de dados sensíveis, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça em matéria de educação, conforme Mandado de Segurança MS nº 25.601 – DF (2019/0360011-5). No referido mandamus, estudantes questionaram a legalidade de criação de cadastro para carteiras estudantis com base na Lei Geral de Proteção de Dados e na Medida Provisória n. 895/19, ao que foi respondido pelo relator, ministro Herman Benjamin, que há a proteção à intimidade e adequado tratamento de dados na política educacional traçada, enten-

dendo pela improcedência do Mandado de Segurança, máxime por não estar vigente a LGPD.

Poucas decisões discutem o trânsito dos dados sensíveis dos empregados no decorrer da relação de emprego e ainda menos decisões analisam o consentimento, como requisito para tratamento de dados, também na relação de emprego. Contudo, a ampliação da proteção dos dados pessoais perpassa, necessariamente, pelo consentimento dos trabalhadores, consoante determinação expressa da, ainda não vigente, Lei Geral de Proteção de Dados.

Proteção de dados e consentimento do trabalhador a partir da Lei Geral de Proteção de Dados

Sopesada a análise de precedentes envolvendo a proteção de dados no âmbito das relações de trabalho, passemos ao exame dos dados pessoais dos trabalhadores, com base na Lei Geral de Proteção de Dados.

Dados são o novo petróleo (*Data is the new oil*): embora em sua aparência, um centro de processamento de dados não se pareça com uma refinaria de petróleo, ambos têm muito em comum. Tanto as refinarias quanto os centros de processamento cumprem o papel de produzir matérias-primas essenciais para a economia mundial. Os centros de processamento, por seu turno, alimentam todos os tipos de serviços *online* e, cada vez mais, o mundo real, em razão da crescente conectividade dos dispositivos (The Economist, 2017). Ainda, segundo reportagem do The Economist (2017), os dados são, para este século, o que o petróleo foi para o último: um motor de crescimento e mudança. A informação digital é diferente de qualquer recurso anterior; é extraído, refinado, avaliado, comprado e vendido de diferentes maneiras. Ela reformula as regras dos mercados e exige novas abordagens dos reguladores. Haverá ainda muitos debates sobre quem deve possuir e se beneficiar de dados, em todas áreas.

No âmbito das relações de trabalho não será diferente. O cerne da questão, contudo, é fazer os trabalhadores entenderem que seus dados,

além de ter valor, definirão os rumos da sua atividade laboral e da própria atividade empresarial.

Consoante Antônio Carlos Aguiar (2018, p. 656), a coleta de dados, antes mesmo do início da relação de trabalho, se dá na entrevista do candidato ao emprego: “[...] passam por esse estágio perguntas pessoais, personalíssimas, que, por vezes, vão bem além daquilo que necessária e obrigatoriamente deveria o empregador ter acesso informativo [...]”.

Após uma série de perguntas, muitas vezes de caráter extremamente íntimo, que não possui relação alguma com o trabalho a ser realizado, o trabalhador sequer se questiona acerca da proteção jurídica desses dados, os quais foram entregues aos prepostos da empresa. Dentre outras indagações, Antônio Carlos Aguiar (2018, p. 656) questiona “qual a garantia do entrevistado de que seus dados pessoais não serão abertos (ou conhecidos) por terceiros?” E “qual a proteção jurídica desses dados pessoais?”

Da mesma forma, ao longo da vigência do contrato de trabalho (subordinado ou não), questionamos como ocorrerá o tratamento de dados do trabalhador, obtidos pela empresa pela utilização dos seus aparelhos, servidores e acesso à internet. Por fim, após a rescisão contratual, indagamos se todos dados pessoais coletados ao longo da vigência da relação de trabalho serão devolvidos ao trabalhador ou deletados pela empresa. São questões ainda pouco discutidas no nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, como referido na introdução do presente estudo, inobstante possível direito fundamental explícito à proteção de dados¹ a ser incluído por meio de PEC, ainda não há legislação tratando especificamente acerca do tema, vez que a LGPD, até a elaboração deste estudo, ainda não está em vigência. Por sua vez, na União Europeia, em 27 de abril de 2016, entrou em vigor a *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulando matéria de proteção dados.

¹ Façamos aqui uma ressalva: por conta do julgamento do RE 673.707, relatado pelo ministro Luiz Fux em 17/06/2017, Laura Schertel Ferreira Mendes entende que “o julgamento acabou por extrair da garantia do habeas data também um direito material à autodeterminação informativa”, consolidando “um importante passo na interpretação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental” (Mendes, 2018, p. 197-198).

Seja no GDPR ou na ainda não vigente LGPD, o consentimento² é um dos pilares da proteção de dados. Trata-se de um dos requisitos para tratamento³ de dados pessoais, permitindo que o trabalhador controle a utilização de seus dados pessoais, o que vai ao encontro da autodeterminação informativa. Aliás, o direito à autodeterminação informativa foi desenvolvido no direito alemão (lá intitulado *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) em decisão, de 1983, do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Lei de Recenseamento da População (Mendes, 2018, p. 187).⁴

Portanto, o direito à autodeterminação informativa é, em muitas hipóteses, instrumentalizado por meio do consentimento, um dos requisitos para tratamento de dados. Observamos que, em relação à concordância livre do trabalhador para o tratamento de seus dados pessoais, não diz respeito tão somente ao aceite daquele tratamento, mas engloba muitas outras vicissitudes. O consentimento diz respeito também ao acesso, retificação, portabilidade e exclusão das informações tratadas pela empresa.

O direito ao consentimento quanto à utilização dos dados é tão importante que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já possui, desde o ano de 1997, o Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores (*Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data*):

² Art. 5º, inciso XII – consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

³ Art. 5º, inciso X da LGPD – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

⁴ Segundo Laura Schertel Ferreira Mendes, “o Tribunal Constitucional Federal constata que o art. 2º, § 1º, combinado com o art. 1º, § 1º, LF resultaria um direito fundamental à autodeterminação informativa que garantiria ‘o poder do indivíduo em determinar fundamentalmente por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais’”.

O consentimento é de suma importância. Várias disposições falam de consentimento explícito e documentado, essencialmente com vista a que, quando se pede a um trabalhador o seu consentimento para o recolhimento ou comunicação de determinados dados, este disponha de informações suficientes para fundamentar a sua decisão. O consentimento explícito normalmente será dado por escrito. Se não assumir essa forma, terá de ser justificado. Em certas circunstâncias, o consentimento ou notificação por escrito pode não ser suficiente, ou apropriado, porque o trabalhador é analfabeto ou porque não entende a linguagem usada. Nesses casos, pode ser necessário que o consentimento e as informações sejam expressos apenas oralmente.

Um princípio importante encontrado pela OIT em todas as legislações nacionais é que, mesmo com o consentimento sobre informações dos trabalhadores recolhidas, não está autorizado ao empregador utilizar irrestritamente estes dados. Ou seja, já existe na OIT, desde 1997, um princípio de tratamento adequado dos dados armazenados e uma limitação de uso, como consta na orientação do Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores. Nesse documento, é traçado um guia sobre aquisição, proteção, conservação, utilização, comunicação de dados de empregados e ainda quais os direitos individuais e coletivos envolvidos, que, ao fim, servem de medida de valor para qualquer consentimento.

No mesmo sentido, Aguiar assevera que, para um real e efetivo efeito garantidor do consentimento, “hão de ser habilitados e reconhecidos alguns direitos suplementares: (a) direito de acesso; (b) direitos de retificação e de cancelamento; e (c) direito de oposição” (Aguiar, 2018, p. 659).

Importante pontuarmos que o espírito da LGPD, no sentido de tutelar aprioristicamente os dados pessoais, trará nova visão aos tribunais trabalhistas. Contudo, como vimos na primeira parte desta pesquisa, isso não significa que a tutela de dados sensíveis não vá ao encontro dos recentes precedentes:

Essa positivação da tutela dos dados sensíveis, ainda que extremamente necessária, não significa um rompimento com o tratamen-

to que a Justiça do Trabalho tem dispensado à proteção da pessoa humana, principalmente se focamos nossa análise na jurisprudência recente do TST [...]. O TST não tem se furtado a salvaguardar a dignidade humana no ambiente do trabalho em determinadas situações que poderiam significar atentado à privacidade do empregado (Lewicki, 2018, p. 163).

Como visto, ainda não temos uma cultura consolidada de proteção de dados dos trabalhadores, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, de modo que podemos, sem a pretensão de realizar transplantes jurídicos, nos voltar a ordenamentos com um “Direito da Proteção de Dados” mais robusto e desenvolvido. Parece-nos, nesse aspecto, que a Alemanha possui uma tutela muito mais desenvolvida quanto à proteção de dados dos trabalhadores.

No Direito Alemão, a extensão da estrutura de tratamento por meio de consentimento depende do cumprimento de uma série de requisitos, com uma regulamentação relativamente detalhada no GDPR, vide seu artigo 4º, 11.

Segundo Wolfgang Däubler (2018, p. 188), para garantir o consentimento efetivo, o empregador deve fornecer ao empregado informações completas com antecedência, inclusive da finalidade pretendida do tratamento de dados e do seu direito de revogação. As consequências de uma recusa não precisam ser tratadas automaticamente, mas o indivíduo pode solicitar uma instrução correspondente.

Em relação à forma, o consentimento do funcionário geralmente deve ser por escrito. De acordo com o artigo 126, do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) o trabalhador deverá assinar uma declaração. Se for feita por escrito, mas em conjunto com outras declarações, deve ser especialmente identificada, sendo que a mera inclusão no contrato de trabalho escrito não seria suficiente. A cláusula, que trata do consentimento, deverá, no mínimo, ser destacada. Se isso não for cumprido, o consentimento também é ineficaz. O objetivo é evitar que uma cláusula de proteção de dados perigosa desapareça em uma miríade de outras disposições, não permitindo que o trabalhador a avalie corretamente (Däubler, 2018, p. 189).

Outrossim, mais importante que os requisitos formais, o consentimento, de acordo com o artigo 4º, 11 da GDPR, deve ser voluntariamente concedido. Muito se discute no ordenamento jurídico alemão sobre eventual supressão da voluntariedade em razão da existência de relações de dependência social e, por corolário lógico, a ineficácia do consentimento (Däubler, 2018, p. 189).

Segundo Däubler (2018, p. 190), a voluntariedade, obviamente, está fora de questão quando o anuente é pressionado, fenômeno que na área anglo-americana é tratado sob o título de undue influence. Por um lado, isso inclui casos de uma situação de negociação unilateralmente estruturada: o funcionário está sob pressão temporal; ele se depara com várias pessoas que lhe trazem imposições; e/ou ele não pode falar com alguém de sua confiança. Por outro lado, a voluntariedade também pode ser prejudicada pela perspectiva de prejuízos em caso de recusa (evitáveis com a assinatura do termo de consentimento).

Quanto à estrutura de tratamento dos dados, não há problemas quanto a sua expansão, se isso puder melhor atender às necessidades dos funcionários. Portanto, não haveria nada de errado em adicionar uma qualificação adicional adquirida, a pedido do funcionário.

Tampouco haveria problemas em repassar seus dados a todas as empresas do grupo, porque ele está procurando um novo emprego e talvez haja uma oportunidade correspondente em outra empresa do grupo. O mesmo se aplica se ele solicitar que seus dados sejam repassados a um novo empregador. O problema aqui é que o consentimento do empregado sempre pode ser questionado diante de sua posição de vulnerabilidade negocial durante a relação (Däubler, 2018, p. 190).

Considerações finais

O consentimento para utilização dos dados será uma crescente exigência na relação de emprego, como, aliás, já sugeria a OIT desde meados da década de 1990. Tal exigência não impõe mais apenas o consenti-

mento em razão de certa conduta assumida, mas também que o usuário/trabalhador se torne participante ativo no processo de consentimento.

Com a vigência da LGPD, superamos o paradigma de que os documentos produzidos na relação de emprego são de utilização unilateral do empregador e uma forma de limitação, decorrente do poder de comando. Documentos, que retratam a vida do empregado, não podem ser utilizados sem o consentimento devido por representarem parte dos direitos de personalidade do trabalhador, à luz do princípio da autodeterminação informativa. Portanto, com a LGPD afastamos a ideia de que somente os dados desabonatórios do empregado devem ter trânsito limitado.

Observamos ainda que, muito embora os precedentes dos tribunais trabalhistas brasileiros não estejam fundamentados diretamente no requisito do consentimento e no princípio da autodeterminação informativa, pela via indireta, em razão da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, as cortes trabalhistas, em especial o TST, vêm protegendo a privacidade do trabalhador, à luz do que determinará a LGPD.

Por fim, assinalamos que a experiência do ordenamento jurídico alemão, em relação à proteção de dados e consentimento dos trabalhadores, poderá nos ajudar, máxime quanto à adaptação dos princípios da LGPD (muito similares aos da GDPR) às relações laborais. A necessidade de uma cultura de proteção de dados é requisito essencial para que a LGPD tenha a tão buscada eficácia social, mormente no Direito do Trabalho.

Referências

AGUIAR, Antonio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun. 2018.

ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. Compliance trabalhista: compreendendo a prevenção de risco trabalhista por meio de programa de integridade. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*, São Paulo, v. 28, n. 331, p. 73-84, jan. 2017.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados (2018). Lei nº13.709, de 14 de agosto de 2018. *Diário Oficial da União*, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 17 ago. 2020.

CARVALHO, André; ALVIM, Tiago; BERTOCCELLI, Rodrigo; VENTURINI, Otavio. *Manual de compliance*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2020.

CORDEIRO, António Barreto Menezes. Da responsabilidade civil pelo tratamento de dados pessoais. In: BARBOSA, Mafalda Miranda; MUNIZ, Francisco; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Desafio da Nova Responsabilidade Civil!* São Paulo: Editora JusPodivm, 2019.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DÄUBLER, Wolfgang. *Digitalisierung und Arbeitsrecht*. Frankfurt am Main: Bund-Verlag GmbH, 2018.

FLAUSINO, Mayara. Uma nova era se aproxima: entenda como a tecnologia está abrindo espaço para novas profissões. *Revista da CIPA*, São Paulo, n. 471, p. 42-46, 2018.

JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LEWICKI, Bruno. Releitura da privacidade no ambiente de trabalho. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 161-170.

MEDEIROS, Viviani de Magalhães. Limites do poder fiscalizatório do empregador: o caso da fiscalização do correio eletrônico e das câmaras de vigilância. *Revista do Ministério Público do Trabalho do RN*, n. 11, p. 291-319, dez. 2012.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas Data e Autodeterminação Informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MOREIRA, Teresa Coelho. Novas tecnologias: um admirável mundo novo do trabalho? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 15-52, jan./jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Práticas de Proteção de Dados Pessoais do Trabalhador da OIT*. Genebra: OIT, 1997. Disponível em: https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_PUBL_9221103293_EN/lang--en/index.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

PEREIRA, Ana Carolina de Souza *et al.* Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. *Homa Publica – Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, v. 4, n. 1, p. 34-51, ago./jan. 2020.

PESSOA, André. O direito à intimidade e o monitoramento do ambiente de trabalho por câmeras. *In: ALMEIDA, Renato Rúa de; SOBRAL, Jeana Silva; SUPIONI JUNIOR, Claudimir (org.). Direitos laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 51-62.

PINHEIRO, Patricia Peck Garrido. Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1000, p. 309-325, fev. 2019.

REIS, Beatriz de Felipe. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, 2019.

ROSSETO, Geralda Magela de Faria; QUINAN, Paulo Gustavo Magella de Faria. LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados (verbete). *In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; FITA, Fernando; FREDIANI, Yone; NAHAS, Thereza (coord.). Direito do Trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes*. São Paulo: RT Editora (Thomson Reuters), 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

THE ECONOMIST. *Data is giving rise to a new economy*. Londres, 6 maio 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2017/05/06/data-is-giving-rise-to-a-new-economy>. Acesso em: 16 ago. 2020.

UBER – AUTONOMIA E SUBORDINAÇÃO EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Mário Garrastazu Médici Neto*

O surgimento de novas tecnologias, como as plataformas digitais, especialmente aquelas que de alguma forma auxiliem na inserção do trabalhador no mercado, em um ambiente de crise global como o que vivemos, deve ser estudado de forma aprofundada.

No entanto, ainda que saudadas as novas tecnologias, não podemos nos furtar a verificar quando o labor humano for utilizado de forma abusiva pelo capital, seja em relações de emprego clássicas, seja em relações de trabalho estritamente autônomas, seja na imensa zona cinza contida entre os dois extremos.

O objetivo do presente estudo é buscar identificar a relação entre o uso de novas tecnologias para a prestação de trabalho e a autonomia ou a subordinação que daí decorram. Para tanto, tenta-se conceituar o aplicativo Uber, tomado como exemplo de uma tecnologia que une consumidor a trabalhador, estabelecendo de que maneira se dão – no plano da realidade e não de conceitos prévios forjados pelo vácuo deixado pela ausência de regulação do novo – as relações de trabalho entabuladas por meio dessa plataforma, formalmente estabelecidas como de “motoristas parceiros”.

Tomam-se elementos mais contemporâneos de economia colaborativa, de capitalismo consciente e de empresa social, para tentar aferir de que maneira o aplicativo Uber se enquadra como efetivo compartilhamento de bens comuns, em oposição a ser apenas uma nova forma – com avanços indeclináveis e notáveis benefícios ao consumidor – de exploração do trabalho pelo capital.

* Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil, Servidor Público Federal. E-mail: mario@trt4.jus.br.

Recorre-se às doutrinas clássicas para tentar situar a natureza do trabalho prestado ao Uber, analisando as características da subordinação e da autonomia. Além disso, malgrado sem aplicação legislativa (e mesmo raramente jurisprudencial) no Brasil, trazem-se ensinamentos referentes à parassubordinação italiana, como um modelo passível de comparação nessas novas relações que se distanciam dos contratos clássicos de trabalho.

Tenta-se estabelecer tendências, enfim, de enquadramento do trabalho prestado por meio de plataformas digitais como o aplicativo Uber, buscando retirá-lo da zona limite entre trabalho subordinado e trabalho autônomo.

A economia de compartilhamento e as plataformas digitais

O acirramento da crise econômica mundial na última década, aliado ao desenvolvimento crescente de novas tecnologias de compartilhamento de informação, trouxe aos consumidores uma diversidade de novas opções de produtos e serviços. Pessoas que nunca imaginaram alugar suas casas em períodos ociosos, ou alugar seus carros no turno inverso de sua utilização normal, ou mesmo locar sua própria força de trabalho em tempo integral ou parcial, passaram a valer-se de novos aplicativos digitais de aproximação entre oferta e demanda.

Os novos caminhos da economia colaborativa, ou economia de compartilhamento, assim entendida em oposição ao capitalismo de consumo exacerbado, trouxeram novas formas de prestação de trabalho humano. A tendência de acumulação de bens e capital dá lugar, progressivamente, à tendência de acesso (em vez de propriedade) a bens, possibilitando o compartilhamento de recursos – tempo, serviços, habilidades, etc. –, ideia que permeia a linha de pensamento de Rifkin (2016, p. 20).

Conforme Teixeira, é esperado um grande crescimento dos empregos em serviços pessoais. Quanto mais a parte mais rica da população prospera, mais pessoas da parte menos rica irão competir para servi-la,

em ocupações como *personal trainer*, motorista, baby-sitter, etc. (Teixeira, 2015, p. 51).

Com a crescente automação do mundo do trabalho, no entanto, há que não se perder de vista a preocupação com a desumanização do trabalho humano, apontada por autores como Arendt, por exemplo. Para a autora, o isolamento que se origina da maior valência do sistema capitalista e da sociedade de consumo traz ao homem a perda da experiência humana, conduzindo a um comportamento por vezes entorpecido, estágio final em que a única ação consciente do trabalhador (afastado da *ação* e da *obra*) resulta em aquiescer a tal funcionamento automático (Arendt, 2010, p. 403).

No mesmo caminho, a multicitada afirmativa de Honneth na tentativa de uma redefinição da atividade produtiva humana, especialmente sob a perspectiva de uma efetiva melhoria nas relações de trabalho contemporâneas, no sentido de que “*nos últimos duzentos anos nunca estiveram tão escassos como hoje os esforços para defender um conceito emancipatório, humano de trabalho*” (Honneth, 2008, p. 46).

Nessa nova economia, o Uber (tomado como exemplo por seu renome, mas há outros similares, como WillGo, Cabify, etc.)¹ surgiu como um aplicativo para telefones celulares, oferecendo-se como uma plataforma por meio da qual motoristas devidamente habilitados possuidores de veículos em determinadas condições pudessem se conectar a passageiros em potencial, desejosos de celebrar contratos de transporte. Repise-se o conceito, por importante para o tema deste estudo: O Uber defende não ser um serviço de transporte, mas uma empresa de tecnologia que oferece uma plataforma com o objetivo de conectar usuários a motoristas particulares.²

¹ Uber do Brasil Tecnologia Ltda., sociedade de responsabilidade limitada, estabelecida no Brasil, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n. 201, 26º e 27º andares, salas 2601 e 2701, CEP 05426-100, São Paulo/SP, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob n. 17.895.646/0001-87. Disponível em <http://www.uber.com>. Acesso em: 28 fev. 2018.

² A esse respeito, veja-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu recentemente que o Uber é uma empresa de transporte e não uma plataforma digital de inter-

Dessa forma, segundo a empresa, ela não contrata motoristas, os motoristas a contratam para intermediar os *pactos instantâneos* com os usuários. A corrida é totalmente agendada via *smartphone*: Com um correr de dedos, o candidato a transportado fornece o itinerário e fica sabendo no mesmo momento detalhes sobre o motorista e o veículo que prestará o serviço. O valor da corrida é debitado no cartão de crédito cadastrado ou pago em espécie e, ao final, motorista e usuário podem se avaliar mutuamente, em uma escala de um a cinco.³

O que começou como uma *startup*,⁴ criada em 2009 para organizar carros privados que ofereciam caronas pagas em uma única cidade, cresceu e se tornou um serviço gigante de transporte individual remunerado de passageiros, atuando de forma massiva ao redor do mundo inteiro.⁵

mediação entre passageiros, e por isso é obrigada a trabalhar com licença – semelhante à de um motorista de táxi no Brasil – e não poderá ser operada por motoristas particulares. Disponível em: <http://visao.sapo.pt/actualidade/mundo/2017-12-20-Tribunal-Europeu-decide-que-a-Uber-e-uma-empresa-de-transportes-nao-uma-plataforma-digital>. Acesso em: 28 fev. 2018.

³ Conforme o termo de serviços no site da empresa, em letras graúdas: “Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um “Aplicativo”), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte e terceiros fornecedores independentes de logística mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber (“Prestadores Terceiros”). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito em separado firmado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso pessoal e não comercial. VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS(AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS.” Disponível em: <http://www.uber.com>. Acesso em 28 fev. 2018.

⁴ Termo cunhado nos anos 1990, com o surgimento da primeira bolha de internet, designando empresas recém-criadas e rentáveis, geralmente com custos de manutenção muito baixos, mas que atingem crescimento rápido e geram lucros exponenciais.

⁵ A missão institucional da empresa é oferecer transporte fluido como água corrente, para qualquer um, em qualquer lugar: “*Transportation as reliable as running water, everywhere, for everyone*”. Disponível em: <http://www.uber.com>. Acesso em: 28 fev. 2018.

Sandel menciona esse fenômeno, ressaltando o quanto o mercado tem o poder de alterar o caráter tanto dos bens, quanto das práticas sociais por ele regidos. Afirma que a ciência econômica por vezes ignora o *efeito de comercialização*, ou seja, aquele sobre as características de um produto ou serviço, vindo “do fato de ser fornecido exclusiva ou predominantemente em termos comerciais, no lugar de algum outro meio – como a troca informal, a obrigação mútua, o altruísmo ou o amor, ou ainda sentimentos de prestação de serviço ou obrigação” (Sandel, 2015, p. 119).

Sen, por outro viés, refere a longa tradição na análise econômica e social da realização da justiça vinculada “com o que é considerada a estrutura institucional correta” (Sen, 2014, p. 113). Menciona exemplos dessa concentração em instituições, com a defesa de visões institucionais alternativas de uma sociedade justa, “variando desde a panaceia do livre mercado e livre-comércio funcionando maravilhosamente até a Shangrilá da propriedade social dos meios de produção e do planejamento central magicamente eficiente” (Sen, 2014, p. 113).

O sistema, evidentemente, não é imune a críticas. O Uber tem sido tomado como exemplo de uma economia baseada em confiança, na qual passageiros avaliam motoristas, mas igualmente motoristas avaliam seus passageiros, criando uma espécie de rede que se autoalimenta.⁶ No entanto, essa confiança pode ser quebrada (pela empresa) tanto em relação aos motoristas – quando os ganhos e as condições de trabalho se afastam do maná prometido – quanto em relação aos passageiros – quando alterações de tarifa em razão de eventos especiais dão claros sinais de possível exploração baseada em oferta/demanda.

Outra inovação que se anuncia a partir do Uber e de sua possível junção com aplicativos de geolocalização como o Google Maps, dentre outras empresas de tecnologia da locomoção, é a autodirigibilidade⁷ (plena ou parcial) dos veículos.⁸

⁶ A esse respeito, o popularizado episódio “Queda Livre” (Nosedive), da série britânica “Black Mirror”, no serviço de streaming Netflix.

⁷ Disponível em <http://exame.abril.com.br/tecnologia/caminhao-autonomo-da-uber-faz-1a-entrega-45-mil-latas-de-cerveja/>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁸ O cofundador da empresa, Travis Kalanick, já declarou publicamente que o sistema

Assim, de uma forma ou de outra, a chegada do Uber trouxe diversas novidades ao panorama do mundo do trabalho e dos transportes urbanos nas grandes metrópoles: atraiu para o mercado uma fatia de trabalhadores que ainda não se sabiam motoristas profissionais e que, tendo outras ocupações ou se dedicando ao Uber em toda a sua jornada, passaram a dividir espaços com outra gama de motoristas profissionais, os taxistas.

Isso causou um acirramento nos ânimos dessa categoria de trabalhadores (e dos permissionários de táxi) que, de certa forma, detinham monopólio do transporte de passageiros nas cidades. Além disso, ofereceu aos consumidores uma nova opção, por vezes mais confortável, mais segura, mais economicamente viável do que o sistema de táxis. E, por fim, despertou na comunidade jurídica uma série de inquietações, especialmente sobre a natureza do transporte privado de passageiros e sobre a natureza do trabalho prestado por esses motoristas parceiros, se subordinado ou autônomo.

Subordinação

Um dos requisitos de análise mais tormentosa nas relações de trabalho é a subordinação. De fato, como em qualquer relação que não seja a clássica *contratação-com-carteira-assinada*, há elementos de aproximação e de distanciamento da noção de subordinação no trabalho prestado pelo motorista parceiro do Uber, tomadas as diversas acepções em que o Direito do Trabalho vem enfrentando a subordinação.

Para efeitos dessa análise, tomaremos especialmente, dentre os diversos matizes em que o elemento subordinação é enfocado pela doutrina, i) a subordinação como inserção do trabalhador no negócio do empregador e ii) a subordinação tomada preponderantemente como dependência econômica, não mais como mera sujeição a ordens do empregador. Além desses, enfoques mais contemporâneos, como a subordinação estrutural-

tende a ficar mais barato assim que o elemento humano for retirado da cena. Disponível em: <http://www.uber.com>. Acesso em: 28 fev. 2018.

-reticular e as teorias aliando hipossuficiência e vulnerabilidade para tentar situar as modernas relações de trabalho.

Vilhena inicia o capítulo “Subordinação” da obra “Relação de Emprego” – da qual são extraídos vários dos ensinamentos em destaque para o requisito específico –, afirmando que aquela “ou se abre escancarada no comum dos casos submetidos à magistratura do trabalho” (Vilhena, 2005, p. 509), e aí não se põe em discussão, “ou então passa a ser um dado de difícil apreensão, fugidio, móvel, arbitrário e muitas vezes encoberto” (Vilhena, 2005, p. 509). E que a função da doutrina é exatamente a de fornecer ao aplicador do Direito do Trabalho os elementos caracterizadores do *status subjectionis* ou da autonomia daquele que presta serviços.

Prossegue sublinhando:

[...] o exercício do poder de dar ordens, o estabelecimento de regras que deverão ser observadas no desempenho do trabalho, a exteriorização do poder diretivo e disciplinar com a fixação de horário de trabalho ou a aplicação de penalidades, isto é, a equívoca disponibilidade da força-trabalho do prestador (Vilhena, 2005, p. 510).

Diz que “com o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem” (Vilhena, 2005, p. 510). De forma surpreendentemente atual, ensina ser a subordinação um conceito dinâmico, e que “a missão do pesquisador reside em detectar essas alterações, por meio das quais o conceito jurídico sofreu revisão em suas bases” (Vilhena, 2005, p. 510).

Segundo os conceitos do mestre, nada mais *pacífico e controvertido*, no Direito do Trabalho, do que a subordinação. E conclui: “Pacífico como linha divisória, controvertido como dado conceitual” (Vilhena, 2005, p. 510).

Nos dias atuais, evidentemente amplia-se o Direito do Trabalho, apanhando categorias de prestadores de serviços não mais estritamente qualificados nos termos do passado (e a doutrina clássica já aludia aos trabalhadores em domicílio, ou certo tipo de trabalhador autônomo, sujeito

a regras especiais). O que importa, como corolário do breve estudo do capítulo, é que o Direito do Trabalho deixa de ser a disciplina reguladora do trabalho exclusivamente subordinado.

A partir daí, trabalha-se com a imagem da inserção do trabalhador na empresa, de grande importância no sistema alemão, a ponto de reduzir a pessoa do trabalhador “à qualidade de peça de uma engrenagem (a empresa), simetricamente disposta e sujeita a uma dinâmica perfeita em suas conexões estruturais, de cima para baixo” (Vilhena, 2005, p. 513).

Esses os elementos básicos da conceituação, que dão conta de que a intervenção patronal se dá *na e sobre* a atividade do trabalhador e não *na e sobre* a sua pessoa. A substância da relação de trabalho (o objeto a que visa o empregador) é a atividade, ainda que essa tenha de ser pessoal. Somente a atividade (vale dizer, a execução do trabalho) poderá autorizar a intervenção do empregador, com as devidas medidas corretivas técnicas ou funcionais. Apenas em último exame admite-se a intervenção na pessoa do empregado, mediante disciplina pessoal, mando, sujeição.

Tal não se admite em primeiro plano a fim de não coisificar o empregado, pois não se contrata a subordinação, mas a prestação de serviços (que pode, até, vir a ser desenvolvida de forma não subordinada). Daí a conclusão de que o elemento constante, a definir a posição do trabalhador na empresa, não se caracterizaria fielmente como subordinação, mas como a participação integrativa (*mais ou menos intensa*, no dizer do mestre) de sua atividade na atividade dessa. Enfim, conceitual e objetivamente: subordinação é igual à “participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho” (Vilhena, 2005, p. 526). Ou, por outra imagem, definitiva:

[...] uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos (Vilhena, 2005, p. 530).

Nos ensinamentos de Delgado, a subordinação estrutural se manifesta pela “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus servi-

ços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento” (Delgado, 2007, p. 86). Além disso:

[...] supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial a terceirização (Delgado, 2007, p. 86).

Coordenação. Integração. Participação. Colaboração. Todos esses elementos de tão clássica abordagem se encontram presentes no trabalho prestado pelo motorista vinculado ao Uber. Não há dúvidas de que o Uber coordena todas as etapas da prestação do serviço (embora, como se viu, sem ingerência – por ora, ao que se sabe – na estipulação da carga de trabalho), desde a admissão de novos parceiros (precedida do preenchimento de condições tanto pessoais – ausência de antecedentes, por exemplo – quanto materiais – propriedade de veículo automotor em determinadas condições), passando pelo controle periódico da forma de trabalho (os motoristas são submetidos a avaliações a cada “corrida”), culminando com a possibilidade de descredenciamento (nos casos em que o motorista não mantenha o número estipulado de avaliações positivas).

Assim, por esse prisma, não há como deixar de reconhecer que a atividade do motorista parceiro do Uber se integra perfeitamente à atividade da empresa (prestar um serviço de transporte – ainda que se afirmando como mera interface de aproximação – com uma determinada qualidade, oriunda exatamente da qualidade dos prestadores de serviço que opta por manter vinculados ou desvincular).

Revalorizando o tradicional conceito, num “chamamento à vida e à humanidade dos direitos da vida econômica do trabalhador” (Mendes; Chaves Júnior, 2007, p. 197-218), Mendes e Chaves Júnior abordam a subordinação estrutural-reticular, de extrema relevância para o deslinde

de situações tão distantes da clássica relação de emprego como a de que se cuida, nessas palavras:

A “subordinação jurídica” sempre compreendeu um leque mais amplo de trabalhadores, pois engloba tanto aqueles referentes ao trabalho “produtivo” como também aqueles do trabalho dito “improdutivo”. Dessa forma era um conceito mais abrangente do que o conceito de mera dependência (técnica, econômica, social). Na produção contemporânea, contudo, a empresa-rede, por diversos instrumentos jurídicos e políticos, coordena, precifica e controla a produção, mas deixa de fora da proteção da CLT os trabalhadores ditos autônomos-dependentes.

Contudo, discordamos dos que entendem não haver subordinação nas hipóteses de trabalhadores “autônomos-dependentes”. A “subordinação” nesse contexto subsiste, ainda que difusa, latente e diferida, justificando, dessa forma, a extensão a eles dos direitos celetistas. O trabalhador supostamente autônomo, mas habitualmente inserido na atividade produtiva alheia, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detém nenhum controle sobre a atividade econômica. Exemplo disso, podemos citar a hipótese do motorista agregado, que é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como por exemplo, para quem e quando será prestado o serviço (Mendes; Chaves Júnior, 2007, p. 197-218).

Outro viés importante para a verificação da subordinação é o subjetivo, que se manifesta por meio do poder de comando, aparente em quatro prerrogativas jurídicas básicas, conforme o ensinamento de Oliveira e Dorneles:

Poder de regulamentar a relação de emprego – ao empregador cabe decidir acerca de algumas prerrogativas inerentes a melhor execução dos serviços, no que o contrato de trabalho revela sua face adesiva.

Poder de dirigir a prestação pessoal de serviços – o empregador, ou aquele por ele designado, determina a prestação de serviços de seus empregados, especificando (distribuindo), orientando e fiscalizando o cumprimento das tarefas determinadas.

Poder punitivo (poder disciplinar) – talvez a manifestação mais incisiva do poder de comando. Se ao empregador cabe a fiscalização, também a ele cabe a punição dos empregados que não acatam suas ordens.

Poder de adequar a prestação de serviço às necessidades da atividade – é o chamado *jus variandi* do empregador. Consiste na autonomia que o empregador possui de determinar, de forma unilateral, alterações circunstanciais na prestação de serviços, de forma a adequá-la às necessidades empresariais (Oliveira; Dornelles, 2013, p. 51).

Todas as quatro prerrogativas alinhadas podem ser achadas na atuação do Uber perante seus motoristas parceiros, uma vez que aquele a) regula a relação, ao estabelecer, por exemplo, um determinado padrão de veículo a ser utilizado; b) dirige a prestação, quando determina a forma como o motorista deve se portar frente ao passageiro; c) pune, quando descredencia o condutor com avaliações abaixo do padrão definido; e d) faz as adequações necessárias, quando, por exemplo, estabelece unilateralmente preços dinâmicos de acordo com oferta e demanda.

Regra geral, o empregado depende economicamente de seu empregador – na medida em que depende do seu emprego para sua sobrevivência. Dependência econômica, para Gomes e Gottschalk, tida como a condição de alguém que, para poder subsistir, depende exclusivamente ou predominantemente do trabalho que preste a outrem. Os autores estabelecem duas condições necessárias para que se concretize o estado de dependência econômica: i) aquele que dá o trabalho deve retirar dele o seu único ou principal meio de subsistência e ii) aquele que paga pelo trabalho absorve integral e regularmente a atividade do prestador do trabalho (Gomes; Gottschalk, 1995, p. 132).

Refinando semelhante argumentação, o magistério sempre atual de Lacerda:

Para que haja dependência econômica daquele que fornece o trabalho com relação àquele que o paga, são necessárias duas condições:

1ª – Que aquele que forneça o trabalho dele tire seu único ou seu principal meio de subsistência. É preciso que viva de tal trabalho

e que a remuneração percebida não ultrapasse sensivelmente suas necessidades e as de sua família.

2ª – Que aquele que paga o trabalho absorva integralmente e regularmente a atividade de quem o presta. É necessário que tome todo o tempo do prestador, que lhe garanta o aproveitamento permanente do produto de seu trabalho, de maneira tal que, no momento, não tenha o prestador do trabalho necessidade e mesmo possibilidade de oferecer seus serviços a outros empregadores (Lacerda, 1949, p. 27).

Nesses termos, não há negar que o motorista parceiro do Uber des-se depende economicamente, pois retira do trabalho prestado seu sustento, integral ou parcialmente, em condições de contraprestação estipuladas unilateralmente pela empresa, que tem o poder de credenciar, ajustar a paga pelo trabalho e descredenciar o trabalhador.

Não há, todavia, na doutrina, grande dissenso sobre a possibilidade de coexistência entre os elementos dependência econômica e subordinação jurídica (vista como a integração do trabalhador à empresa, ainda que ausentes as hipóteses clássicas de mando e sujeição). Ao contrário, ambas podem ser visualizadas como causa e efeito, a dependência econômica como base material sobre a qual se formaliza a subordinação jurídica, devendo-se apreender o vínculo de emprego pela junção mais aproximada possível de ambos os elementos.

De todo modo, como enfatiza Porto, em sua defesa da denominada subordinação integrativa, é necessária a releitura do conceito de subordinação de uma forma *ampliativa e universalizante*, de maneira que *o Direito do Trabalho possa estender sua tutela aos obreiros que dela necessitam* (Porto, 2008, p. 119-142).

Aliás, a autora, no citado artigo, traz a estudo diversas teorias sobre a subordinação – a *ajenidad* de Olea, a subordinação estrutural de Delgado, a distinção entre subordinação e autonomia na doutrina alemã de Wank –, mas cabe a ilustração, para os efeitos a que este trabalho se propõe, da menção ao “Relatório Supiot para a Comissão Europeia”:

O estudo coordenado por Alain Supiot, a pedido da Comissão Europeia, sobre o futuro do trabalho na Europa, o qual resultou

no famoso *Relatório Supiot*, propõe a criação de um direito comum do trabalho. Este deve ser capaz de reger todos os tipos de atividade profissional, deixando, ao mesmo tempo, espaço para a diversidade de formas contratuais sob as quais aquela é exercitada. A vocação futura do direito do trabalho é a de se tornar o direito comum de todas as relações de trabalho, subordinadas ou não (Porto, 2008, p. 119-142).

O autor francês, em outra clássica obra, ensina que:

No contrato civil, a vontade se compromete; no contrato de trabalho, ela se submete. O compromisso manifesta liberdade, a submissão nega. Esta contradição entre autonomia e subordinação da vontade leva a que o trabalhador seja tomado na empresa como sujeito e objeto do contrato. Portanto, não podemos esperar encontrar intactos no Direito do Trabalho princípios jurídicos que envolvem a autonomia da vontade. Estes princípios são desfigurados pela subordinação e pela alteração da qualidade de sujeito de direitos que ela acarreta. O objeto da obrigação, que forma os termos do compromisso, como a obediência a ordens, assume os contornos vagos da qualificação profissional e do local de trabalho. A força obrigatória do contrato atua em favor do empregador, o direito do empregado de cumprir as suas cláusulas degenera em dever de aceitar as alterações secundárias que o empregador pretende fazer. A exigência de consentimento livre e informado dá lugar, por vezes, a um consentimento fictício ou a um formalismo como fonte de obrigações. Estas soluções híbridas são manifestações de tensão latente entre a autonomia da vontade e a subordinação, presente no contrato de trabalho. O Direito do Trabalho teve e ainda tem por primeira finalidade fazer ressurgir o empregado como um sujeito de direitos na empresa, isto é, de “civilizar” o poder corporativo, fornecendo um quadro jurídico de exercício. Este quadro significa, ao mesmo tempo – a ambivalência irredutível do Direito – a legalização e a limitação desse poder (Supiot, 2007, p. 123).⁹

⁹Tradução livre do autor. No original: “Dans le contrat civil, la volonté s’engage; dans le contrat de travail, elle se soumet. L’engagement manifeste la liberté, la soumission la nie. Cette contradiction entre autonomie de la volonté et subordination de la volonté aboutit à ce que le salarié est à la fois appréhendé dans l’entreprise comme sujet et comme objet du contrat. Dès lors on ne peut espérer retrouver intacts en droit du travail les principes juridiques qu’implique l’autonomie de la volonté. Ces principes sont défigurés par le lien de subordination, et par l’altération de la qualité de sujet de droit qu’elle implique. L’objet de l’obligation, qui forme la matière de l’engagement, étant l’obéissance

Traz-se a lume, por outra via, contemporâneo estudo sobre hipossuficiência e vulnerabilidade, permeando tanto as relações mais estandarizadas, como os operários de fábricas, quanto as relações menos ortodoxas da atualidade, dentre as quais se enquadrariam os motoristas parceiros do Uber.

Dorneles, com amparo em moderna doutrina sobre o Código de Defesa do Consumidor, aproxima do Direito do Trabalho, para além da hipossuficiência – *que remete fundamentalmente à flagrante desigualdade econômica entre o trabalhador e seu empregador* – conceitos de vulnerabilidades, a saber, vulnerabilidade negocial, vulnerabilidade hierárquica, vulnerabilidade econômica, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade social e vulnerabilidade informacional (Dorneles, 2013, p. 293-303).

Prossegue o autor, afirmando que:

A relação de emprego deve ainda ser considerada o epicentro de incidência normativa do direito do trabalho, pois o empregado, em geral, reúne a totalidade das vulnerabilidades apontadas ao longo deste texto. O empregado de “chão de fábrica” é inegavelmente vulnerável do ponto de vista negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informacional. Mas a manutenção desta constatação como uma premissa excludente e universal pode deturpar o intuito protetivo e comprometer a legitimidade social deste ramo jurídico em um mundo do trabalho de complexidade (e demandas) crescente (Dorneles, 2013, p. 293-303).

aux ordres, y prend les contours imprécis de la qualification professionnelle et du poste de travail. La force obligatoire du contrat s'estompe au profit de l'employeur, le droit du salarié au respect de ses clauses dégénérant en devoir d'accepter les modifications secondaires que l'employeur entend y apporter. L'exigence d'un consentement libre et éclairé fait parfois place à un consentement fictif, voire au formalisme comme source d'obligations. Ces solutions hybrides sont autant de manifestations de la tension latente entre autonomie de la volonté individuelle et lien de subordination, qui parcourt le contrat de travail. Le droit du travail a eu et a toujours pour première raison d'être de faire resurgir le salarié en tant que sujet de droit dans l'entreprise, c'est-à-dire de 'civiliser' le pouvoir patronal, en le dotant d'un cadre juridique d'exercice. Cet encadrement a signifié dans le même temps – irréductible ambivalence du droit – une légalisation et une limitation de ce pouvoir.”

Adotando, pois, a relação de emprego não mais como forma exclusiva – embora ainda como centro do Direito do Trabalho –, o autor afirma que “assim como pode haver empregados mais ou menos vulneráveis, há trabalhadores vulneráveis fora da relação de emprego” (Dorneles, 2013, p. 293-303).

Assim, conclui que:

De qualquer forma, *alguma* vulnerabilidade *pode* haver nas relações de trabalho não caracterizadas pelo vínculo empregatício e, conseqüentemente, neste caso, *deveria* haver algum mecanismo protetivo desta legítima demanda, nem que seja uma abertura dada pelo sistema para que o julgador aplique o grau de proteção adequado a partir das circunstâncias concretas (Dorneles, 2013, p. 293-303, grifo no original).

De relevo, igualmente, as posições da doutrinadora portuguesa Maria do Rosario Palma Ramalho sobre a subordinação: a autora reforça seu entendimento no sentido de que a subordinação jurídica corresponde a um estado pessoal do trabalhador no seio do vínculo laboral e não a uma qualidade da atividade de trabalho. Dessa forma, o sujeito trabalhador aceita colocar-se sob a autoridade do credor do trabalho. O conteúdo amplo da subordinação decorre do fato de lhe corresponderem, em relação ao empregador, o poder de direção e o poder disciplinar, ao passo que o trabalhador está investido em uma posição passiva complexa (Ramalho, 2012, p. 446).

Enfim, sobre a resposta à pergunta delineada no artigo, ser o trabalho prestado pelos motoristas do Uber subordinado ou autônomo, não parece haver assertiva clara, matemática, precisa, sem o risco de parecer simplista, ou seja, focando exclusivamente na presença ou ausência de subordinação. Delgado leciona que a diferenciação central entre as figuras do trabalho autônomo e da relação de emprego:

[...] situa-se, porém, repita-se, na subordinação. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador aco-

lhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho (Delgado, 2008, p. 334).

Pode-se afirmar, pois, que o trabalho prestado pelo motorista parceiro do Uber, dessa forma, contém *potencialmente* o principal requisito caracterizador de vínculo de emprego, a subordinação.

Autonomia

O trabalho prestado pelos motoristas parceiros do Uber, caso não configurados os requisitos que caracterizam a relação de trabalho, será considerado trabalho autônomo. Como visto, pode adquirir notas ora de um padrão, ora de outro. Companhias como o Uber exercem muito maior controle sobre seus “vendedores” (motoristas, no caso) do que se tratasse de meras compras e vendas por plataformas virtuais (como faz o Ebay, por exemplo). No entanto, essa quantidade de controle não se ajusta perfeitamente à definição de empregador, pelo fato de os motoristas possuírem significativa escolha sobre como, quando e onde atuar.

Tomando-se o trabalho autônomo como a antítese do trabalho subordinado, (ou seja, partindo “da mesma linha divisória de que se parte para alcançar-se o conceito de subordinação, caminhando-se no sentido oposto”, como diz Vilhena (2005, p. 531)), temos um didático conceito em Oliveira e Dorneles, quando explicam que:

É trabalhador autônomo aquele que presta seus serviços sem subordinação, de forma autodeterminada. O trabalhador autônomo, como regra geral (embora possa haver exceções), dispõe de seus próprios instrumentos de trabalho, escolhe seus horários, assume os riscos de seu negócio e tem liberdade para decidir se irá ou não realizar seus serviços, desempenhando-os sem fiscalização direta e com autonomia técnica (Oliveira; Dorneles, 2013, p. 65).

O trabalho prestado por meio da plataforma Uber traz, inegavelmente, alguns elementos aproximados à autonomia, especialmente levando em conta o conceito acima, quando alude a “dispor de seus próprios instrumentos” (o motorista do Uber tem que ser possuidor – não necessariamente proprietário – do veículo com que vai prestar o trabalho) e “escolher seus horários” (ao motorista do Uber, de fato, é dada uma liberdade de escolha de em quais horários pretende se disponibilizar a fazer as viagens). No entanto, não há tanta clareza assim no que tange à “assunção dos riscos do negócio”, bem como à “ausência de fiscalização direta”, razão pela qual tal forma de prestação de trabalho poderia ser disposta, ao menos, em uma zona limite entre subordinação e autonomia.

Porto traz importante contribuição doutrinária a respeito da dicotomia autonomia/subordinação em relação ao tipo de prestação de trabalho de que se cuida:

As transformações ocorridas nas últimas décadas, notadamente os avanços tecnológicos, a reestruturação empresarial e o aumento da competitividade, inclusive no plano internacional, geraram mudanças no mundo do trabalho. Um número cada vez maior de relações trabalhistas – sobretudo aquelas presentes nos novos setores, como a prestação de serviços nos campos da informação e da comunicação –, se afasta progressivamente da noção tradicional de subordinação, apresentando, aparentemente, traços de autonomia. Do mesmo modo, o poder empregatício se exercer de maneira mais sutil, indireta, por vezes quase imperceptível.

Em razão dessa aparente autonomia, tais trabalhadores não se enquadram na noção tradicional de subordinação, sendo qualificados como autônomos. O resultado é que eles continuam sem liberdade, como no passado, mas passam a ter que suportar todos os riscos, advindos da sua exclusão das tutelas trabalhistas. Percebe-se, assim, que a manutenção do conceito tradicional de subordinação leva a grandes distorções, comprometendo a própria razão de ser e missão do Direito do Trabalho; por isso a ampliação desse conceito é uma necessidade premente e inadiável (Porto, 2010, p. 165).

Para os efeitos desta pesquisa, sem desconhecer a situação dos “*workers*” na Inglaterra, dos “*autónomos-dependientes*” na Espanha, dos

“quase-assalariados” na Alemanha, dentre tantas outras nomenclaturas para essa zona cinzenta, adota-se a parassubordinação italiana, e seus “contratos de colaboração continuada” como um modelo a ser observado (não necessariamente adotado).

Zona Cinzenta entre Trabalho Subordinado e Trabalho Autônomo

Diante da problemática de conceituação da subordinação jurídica e das novas situações de prestação de labor dependente não subordinado, a dependência econômica tem sido novamente cogitada como traço distintivo nas relações de trabalho. Dessa forma, uma parte da doutrina volta seus olhos para a ideia de dependência como critério de aferição possível à tentativa de classificação das modernas relações que se apresentam ao Direito do Trabalho.

A dependência econômica assume um lugar destacado (seja como alternativa, mas mais especialmente como complemento) junto à subordinação jurídica. Novas figuras atípicas nas relações de trabalho (como motoristas parceiros do Uber, taxistas, consultoras de cosméticos, teletrabalhadores, corretores de imóveis, manicures etc.) possuem em comum um certo estado de dependência econômica que já não encontra abrigo na subordinação clássica. No mundo inteiro surgem categorias de trabalhadores que transitam em um verdadeiro limbo entre a autonomia e a subordinação,¹⁰ mas sobre os quais o Direito do Trabalho não deixa de debruçar seus cuidados na vigilância de eventual transgressão a direitos minimamente assegurados aos trabalhadores, especialmente em função de seu reconhecido caráter expansionista.

La Cueva cuida de estabelecer percucientemente essa ligação entre a dependência econômica do trabalhador e o caráter expansionista do Direito do Trabalho, com a licença da necessária citação mais alongada:

¹⁰ Relembrem-se os *workers, autónomos-dependientes*, quase-subordinados, parassubordinados, etc.

Um dos fundamentos da lei é o princípio da igualdade, fonte da força expansiva do direito do trabalho; O trabalho humano, seja qual for sua forma, precisa de proteção; por essa razão pode e deve falar-se de um trânsito do direito industrial ao direito do trabalho, ou, por outra, o trânsito do obreiro ao trabalhador. “A extensão progressiva do direito do trabalho”, dizem André Rouast e Paul Durand, “se manifesta, em primeiro lugar, nas atividades profissionais”. Explicamos professores franceses que, inicialmente, a lei industrial se dirigia a alguns estabelecimentos industriais; na França, desde 1874, nasceu uma tendência a generalizá-lo a toda a indústria; que foi posteriormente aplicada a atividades comerciais, agricultura, serviços domésticos e oficinas familiares. Além disso, as profissões liberais são absorvidas pela legislação trabalhista. Essa força expansionista do direito trabalhista reverteu os termos da relação entre direito do trabalho e direito privado, ao extremo, como teremos ocasião de mostrar mais tarde, pois no século XIX, o direito ao trabalho era um direito de exceção, no presente foi transformado em direito comum para a prestação de serviços, enquanto o direito privado é hoje, em termos de prestação de serviços, o direito de exceção, ou seja, o direito privado se aplica somente quando as condições da prestação de serviços não permitem a aplicação da legislação trabalhista.

A ideia de justiça social, base do direito do trabalho, alcançou um primeiro objetivo a ser estendida a todos os membros da classe trabalhadora, mas sua força expansionista não poderia parar e, particularmente após a Segunda Guerra Mundial, está rompendo modelos do direito do trabalho para se projetar, como diria Georges Ripert, para todos os economicamente fracos, ou para todos aqueles cuja fonte principal ou única de renda seja o seu trabalho (La Cueva, 1969, p. 250).¹¹

¹¹ Tradução livre do autor. No original: “Uno de los fundamentos del derecho es el principio de igualdad y fué la fuente de la fuerza expansiva del derecho del trabajo; el trabajo humano, cualquiera sea su forma, necesita protección; por eso puede y debe hablarse de un tránsito del derecho industrial al derecho del trabajo, o bien, reproducido el tránsito del obrero al trabajador. “La extensión progresiva del derecho del trabajo”, dicen André Rouast y Paul Durand, “se manifiesta, primeramente, en las actividades profesionales”. Explican los profesores franceses que, en un principio, el derecho industrial se dirigía a algunos establecimientos industriales; que en Francia, a partir de 1874, nació una tendencia a generalizarlo a toda la industria; que se aplicó posteriormente a las actividades comerciales, a la agricultura, al servicio doméstico y a los talleres familiares. Por otra parte, las profesiones liberales están siendo absorbidas por el derecho del trabajo. Esta fuerza expansiva del derecho del trabajo ha invertido los términos de la relación entre el derecho del trabajo y el derecho privado, al extremo, según tendremos ocasión de

Nesse sentido, como leciona Alves, se a matriz originária do Direito do Trabalho – baseada na subordinação clássica – não se presta mais a amparar uma fatia de relações de trabalho que também dependem de tutela, é necessário que seja repensada. Diz que o Direito do Trabalho nasceu para “corrigir a desigualdade existente entre empregados e empregadores. É necessário que ele continue a proteger a parte hipossuficiente da relação, ainda que não haja subordinação clássica” (Alves, 2004, p. 82).

Na Itália, após flagrados esses indícios de que a subordinação estava passando por uma crise, na década de 1950, começaram a surgir as discussões sobre o trabalho parassubordinado, com normatização expressa pelo governo italiano de relações de colaboração que se concretizassem em prestações continuativas e coordenadas. Veja-se, novamente, o ponto comum, mesmo passados mais de sessenta anos: coordenação, colaboração.

Tais discussões foram intensificadas com a modernização da legislação, que alterou o Código de Processo Civil Italiano quanto à disciplina das normas para a solução de controvérsias em matéria de labor, mencionando como principais formas de trabalho parassubordinado o contrato de agência e o contrato de representação comercial.

Na relação de parassubordinação observa-se alguma medida de supervisão ou controle sobre a organização do trabalho prestado por parte do tomador desse trabalho, sem se confundir com o poder de comando vinculado à relação de trabalho subordinado. O prestador possui certa

mostrar posteriormente, que si en el siglo XIX el derecho del trabajo era un derecho de excepción, en el presente se ha transformado en el derecho común para la prestación de servicios, en tanto el derecho privado es hoy día, en materia de prestación de servicios, el derecho de excepción, esto es, el derecho privado se aplica, únicamente, cuando las condiciones de la prestación de servicios no permiten la aplicación del derecho del trabajo. La idea de la justicia social, base del derecho del trabajo, alcanzó una primera meta al extenderse a todos los miembros de la clase trabajadora, pero su fuerza expansiva no podía detenerse y, particularmente después de la segunda guerra mundial, está rompiendo los moldes del derecho del trabajo para proyectarse, como diría Georges Ripert, a todos los económicamente débiles, o bien, a todos aquellos cuya fuente principal o única de ingresos, es su trabajo.[...] (La Cueva, 1969, p. 250).

autonomia, mas se submete à necessidade de resultados estabelecidos pelo tomador, seja quanto a modo, tempo ou lugar da prestação dos serviços.

Passa-se a trabalhar com o conceito de coordenação do trabalho, entendida como sujeição do trabalhador às diretrizes impostas pelo contratante. Surge a atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. A coordenação da prestação de trabalho vai se situar, enfim, entre a subordinação e a autonomia clássicas, tornando-se, para o direito italiano, o principal ponto de caracterização do trabalho parassubordinado.

Alves afirma, na tentativa de transporte de conceitos para o Direito brasileiro, ser a parassubordinação uma espécie de gênero de relação de trabalho (sem ser relação de emprego) em que o trabalhador contrata – como parte hipossuficiente da relação – “desenvolve seu labor com pessoalidade, de forma não eventual, em benefício e no interesse de um contratante que coordena a prestação laborativa” (Alves, 2004, p. 89).

Traz-se, também, outra conceituação importante sobre o trabalho parassubordinado, especialmente em relação ao objeto deste estudo, o trabalho prestado pelos motoristas do Uber. Assim define Nascimento:

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais se situa, como a representação comercial, o trabalho dos profissionais liberais e outras atividades atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado (Nascimento, 1997, p. 319).

Nesses termos, embora não expressamente prevista pela legislação trabalhista pátria, a realidade do trabalho parassubordinado encontra-se, em certa medida, presente nas relações de trabalho no Brasil. Por tudo que foi exposto, o trabalho prestado pelos motoristas do Uber poderia ser enquadrado nesse meio termo entre a subordinação clássica e a autonomia clássica, atraindo a conceituação de parassubordinação. No entanto, é importante perquirir que efeitos práticos teria esse enquadramento.

Mendes e Chaves Júnior embasam a necessidade de não redução do poder expansivo e protetivo do Direito do Trabalho:

Ora, se há semelhança entre o trabalhador dito “autônomo-dependente” e o empregado clássico, manda a boa regra de hermenêutica não reduzir o potencial expansivo e protetivo do Direito do Trabalho. A isonomia dos trabalhadores decorre da própria dicção constitucional, tanto dirigida aos trabalhadores habituais (*caput* do artigo 7º) como aos avulsos (inciso XXXIV), não submetidos ao trato sucessivo (Mendes; Chaves Júnior, 2007, p. 197-218).

Porto, no entanto, comentando a realidade italiana, alerta para a possibilidade de que o ato de enquadrar determinado trabalhador como parassubordinado culmine por alijá-lo de um feixe de proteções que poderia conquistar como trabalhador subordinado, gerando verdadeira discriminação:

Desse modo, a introdução legislativa da parassubordinação levou a doutrina e a jurisprudência dominantes a identificarem a subordinação com a sua acepção clássica e restrita, pois é a única forma de diferenciá-las. Passaram a ser enquadrados como parassubordinados trabalhadores que, caso não existisse essa figura, seriam considerados subordinados, verdadeiros empregados, fazendo jus não apenas a alguns poucos, mas a todos os direitos trabalhistas e previdenciários. Por outro lado, a parassubordinação atua como obstáculo à expansão do conceito de subordinação, pois esta levará à sobreposição das duas figuras, tornando inócuos os dispositivos legais que a introduziram.

A parassubordinação, na realidade, encobre ou mascara a redução operada no conceito de subordinação. Quando se afirma que o trabalhador é parassubordinado, é como se dissesse que, sem essa figura, ele seria considerado autônomo, não tendo direito trabalhista algum, então aquela lhe propicia ao menos que lhe sejam conferidas algumas tutelas. Mas, na verdade, se a parassubordinação não existisse, ele seria considerado um empregado, sendo protegido integralmente – e não parcial e insuficientemente – pelo Direito do Trabalho (Porto, 2010, p. 167).

Também Gonçalves dispõe que a matéria inspira cautelas, ao afirmar que

A redução dos ônus patronais na parassubordinação distorce a própria finalidade do Direito do Trabalho, a partir do momento em que a defesa da economia das empresas se sobrepõe à preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores (Gonçalves, 2017, p. 150).

Esse, igualmente a nosso ver, o risco de tentar importar modelo alienígena de enquadramento limítrofe entre trabalho subordinado e trabalho autônomo: reduzir o caráter expansionista ínsito ao Direito do Trabalho e, dessa forma, retirar um círculo de proteção dentro do qual poderia estar inserto o trabalhador.

Conclusão

Como toda inovação, ou disrupção – termo que costuma ser modernamente usado para descrever a disponibilização de produtos acessíveis, com a criação de um novo mercado de consumidores, desestabilizando, em alguma medida, as empresas que costumavam ser “tradicionais” no segmento –, o Uber pode ter um caráter destruidor. Ferry aborda o tema, dizendo que a inovação cria incessantemente insegurança e flexibilidade para os trabalhadores, e que pode criar “inevitavelmente o desemprego, as desigualdades, e até mesmo, paradoxo supremo, o decrescimento” (Ferry, 2014, p. 22).

A emergência de novos modelos de negócio e seu efeito disruptivo no tecido social, econômico e institucional torna-se objeto de observação pela sociedade e acaba por gerar, inclusive, novas nomenclaturas, como a *uberização*, uma referência ao Uber, como visto o mais afamado dos aplicativos da chamada economia colaborativa. Tenta-se afastar o maniqueísmo, o endeusamento ou demonização do Uber: há defensores da *uberização*, que afirmam que nessa nova realidade as pessoas trabalham apenas quando há demanda, ganhando mais, trabalhando menos e vivendo melhor, com mais liberdade, mais qualidade de vida. E há opositores da *uberização*, que pregam que o aplicativo propicia nada mais do que

uma nova forma de exploração (no sentido negativo do termo) do trabalho humano, com precarização de direitos e garantias.

Buscando uma fórmula de equilíbrio, novamente nos valemos das reflexões de Ferry, quando tenta explicar, “sem fazer a balança pender mais de um lado que de outro”, que podemos nos interessar pela inovação e pelo progresso e ao mesmo tempo ser sensíveis “ao que ele aniquila e nos faz irremediavelmente perder” (Ferry, 2014, p. 54).

Concluindo, embora ainda não haja uma sinalização da forma como o Direito do Trabalho – e o legislador, sempre um tempo mais adiante – vá enquadrar o trabalho prestado pelos motoristas “parceiros” do Uber, não se pode desconhecer que o mundo do trabalho já lança suas primeiras diretrizes: o Uber não é meramente uma empresa de tecnologia; a relação de trabalho entre motoristas e Uber pode ser considerada de emprego, caso presentes os requisitos necessários, e poderão lhes ser assegurados, nesse caso, todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal.

Referências

ALVES, Amauri Cesar. *Novo Contrato de Emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alessandro (org.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporânea. *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 03, p. 293-303, mar. 2013.

FERRY, Luc. *A Inovação Destruidora*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Leandro Krebs. *Fundo Social do Trabalhador Autônomo: proteção e regulamentação de Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2017.

HONNETH, Axel. *Trabalho e Reconhecimento: tentativa de uma Redefinição*. Porto Alegre: Civitas, 2008.

LA CUEVA, Mario de. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editorial Porrúa, 1969. Tomo I.

LACERDA, Dorval. *Direito Individual do Trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite, 1949.

MENDES, Marcus Menezes Barberino; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Subordinação Estrutural-Reticular: Uma Perspectiva sobre a Segurança Jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, jul./dez. 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral D. de. *Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Necessidade de uma Releitura Universalizante do Conceito de Subordinação. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 130/2008, p. 119-142, abr./jun. 2008, DTR, 2008.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Parassubordinação: proteção ou discriminação? *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Marco Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (org.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2012.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*. São Paulo: M. Books, 2016.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Schwarcz, 2014.

SUPIOT, Alain. *Critique du Droit du Travail*. 2. ed. Paris: Quadrige/PUF, 2007.

TEIXEIRA, Alexandre. *De dentro para fora*. Porto Alegre: Arquipélago, 2015.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

Adobe Garamond Pro em corpo 12 pt

Papel: Offset 75 g/m²

Gráfica UFRGS

Editora da UFRGS • Ramiro Barcelos, 2500 – Porto Alegre, RS – 90035-003 – Fone/fax (51) 3308-5645 –
admeditora@ufrgs.br – www.editora.ufrgs.br • Direção: Alex Niche Teixeira • Editoração: Luciane Delani
(coordenadora), Clarissa Felkl Prevedello, Lucas Ferreira de Andrade, Marleni Matte e Rafael Menezes Luz
• Administração: Aline Vasconcelos da Silveira, Cláudio Oliveira Rios, Fernanda Kautzmann, Gabriela
Azevedo, Heloísa Polese Machado, Jaqueline Trombin e Laerte Balbinot Dias • Apoio: Luciane Figueiredo

Alexei Almeida Chapper
Daniele Gabrich Gueiros
Dartagnan Ferrer dos Santos
Denise de Oliveira Horta
Geralda Magella de Faria Rossetto
Gilberto Stürmer
Josiane Rose Petry Veronese
Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles | org.
Leonardo Stocker Pereira da Cunha
Luciane Cardoso Barzotto | org.
Luiz Filipe Duarte
Mário Garrastazu Médici Neto
Maurício de Carvalho Góes
Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
Rodrigo Coimbra
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira

