



Trabalho e regulação no Estado Constitucional

VOLUME III

Organizadores

Leonardo Vieira Wandelli | Camila Sailer Rafanhim de Borba


Colaboradores

Adriana da Costa Ricardo Schier
Alberto Emiliano de Oliveira Neto
Camila Sailer Rafanhim de Borba
Cintia Mayara Eufrásio
Clarissa Maçaneiro Viana
Clayton Gomes de Medeiros
Daniel Lisboa
Edegar Krasinski Junior
Eduardo Chavez Pina Ribeiro
Eduardo Rufino de Oliveira Gomes
Gabriela Caramuru Teles

Guilherme Cavicchioni Uchimura
Guilherme Mayer Amin
José Osório do Nascimento Neto
Leonardo Vieira Wandelli
Maria Valéria Zaina
Natan Elkin
Paulo Roberto Lemgruber Ebert
Samia Moda Cirino
Sarah Campos
Thais de Almeida

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial Praxis

 CLACSO

Trabalho e regulação no Estado Constitucional

Organizadores
Leonardo Vieira Wandelli | Camila Sailer Rafanhim de Borba

Trabalho e regulação no Estado Constitucional

VOLUME III

Colaboradores

Adriana da Costa Ricardo Schier
Alberto Emiliano de Oliveira Neto
Camila Sailer Rafanhim de Borba
Cintia Mayara Eufrásio
Clarissa Maçaneiro Viana
Clayton Gomes de Medeiros
Daniel Lisboa
Edegar Krasinski Junior
Eduardo Chavez Pina Ribeiro
Eduardo Rufino de Oliveira Gomes
Gabriela Caramuru Teles

Guilherme Caviccholi Uchimura
Guilherme Mayer Amin
José Osório do Nascimento Neto
Leonardo Vieira Wandelli
Maria Valéria Zaina
Natan Elkin
Paulo Roberto Lemgruber Ebert
Samia Moda Cirino
Sarah Campos
Thais de Almeida

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial Praxis

 **CLACSO**

canal6 editora

1ª edição 2016
Bauru, SP

Copyright© Projeto Editorial Praxis, 2016

Coordenador do Projeto Editorial Praxis
Prof. Dr. Giovanni Alves

Conselho Editorial

Prof. Dr. Giovanni Alves (UNESP)
Prof. Dr. Ricardo Antunes (UNICAMP)
Prof. Dr. José Meneleu Neto (UECE)
Prof. Dr. André Vizzaccaro-Amaral (UEL)
Profa. Dra. Vera Navarro (USP)
Prof. Dr. Edilson Graciolli (UFU)

Ilustração da capa

Rebocadores do Volga (1870-73), Ilya Yefimovich Repin
Museu Estatal Russo, S. Petersburgo

T758 Trabalho e regulação no estado constitucional - Volume III /
Leonardo Vieira Wandelli e Camila Sailer Rafanhim de Borba
(orgs). — Bauru: Canal 6, 2016.
446 p. ; 23 cm. (Projeto Editorial Praxis)

ISBN 978-85-7917-388-2

1. Direito do trabalho. 2. Direitos humanos. I. Wandelli, Leonardo
Vieira. II. Borba, Camila Sailer Rafanhim. III. Título.

CDD: 348.6

Projeto Editorial Praxis
Free Press is Underground Press
www.canal6editora.com.br

Impresso no Brasil/Printed in Brazil
2016

SUMÁRIO

PARTE I – TRABALHO E PROCESSO

- A EFETIVIDADE DO PROCESSO SOB O IMPACTO DAS POLÍTICAS DE GESTÃO JUDICIÁRIA E DO NOVO CPC 9
LEONARDO VIEIRA WANDELLI
- EM BENEFÍCIO DE UMA CATEGORIA OU DE UM GRUPO DE FILIADOS? A EXTENSÃO DA COISA JULGADA DAS SENTENÇAS QUE TUTELAM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE TRABALHADORES..... 42
CAMILA SAILER RAFANHIM DE BORBA
- O USO EFICIENTE DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO PLANEJAMENTO EMPRESARIAL: UM ESTUDO DE CASO 68
GUILHERME CAVICCHIOLI UCHIMURA

PARTE II – TRABALHO E DIREITOS SOCIAIS

- O DIREITO AO TRABALHO COMO PATRIMÔNIO JURÍDICO MÍNIMO A SER GARANTIDO AO CIDADÃO 83
CINTIA MAYARA EUFRÁSIO
- NEO-ESCRavidÃO: NADA SENÃO CAPITALISMO 102
GABRIELA CARAMURU TELES
- REGULAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LABORAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO..... 125
José Osório do Nascimento Neto

PARTE III – TRABALHO, IGUALDADE E GÊNERO

- A EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE O TERCEIRIZADO, CELETISTA, E O SERVIDOR PÚBLICO..... 145
EDEGAR KRASINSKI JUNIOR
CLAYTON GOMES DE MEDEIROS
- O TRABALHO DAS MULHERES E O INÍCIO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL..... 168
CLARISSA MAÇANEIRO VIANA
- TRANSEXUALIDADE E O USO DO BANHEIRO DA EMPRESA 189
DANIEL LISBOA
GUILHERME MAYER AMIN

PARTE IV - PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS

- LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO RELATIVAS AL DESPIDO INJUSTIFICADO 197
NATAN ELKIN
- DISPENSA COLETIVA E A CONVENÇÃO 158 DA OIT 241
MARIA VALÉRIA ZAINA

PARTE V - PROTEÇÃO DA SAÚDE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

- A MONETIZAÇÃO DA SAÚDE OBREIRA 269
EDUARDO CHAVEZ PINA RIBEIRO
- DIREITO DO TRABALHO NAS PATOLOGIAS DO ASSÉDIO E SUICÍDIOS NO TRABALHO 300
THAIS DE ALMEIDA
- A SÍNDROME DE *BURNOUT*: UMA ANÁLISE A PARTIR DA GESTÃO DO TRABALHO SOB O TERCEIRO ESPÍRITO DO CAPITALISMO 324
SAMIA MODA CIRINO
EDUARDO RUFINO DE OLIVEIRA GOMES

PARTE VI – LIBERDADE SINDICAL E DIREITO DE GREVE

- REGISTRO SINDICAL E REPRESENTATIVIDADE 355
PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT
- TERCEIRIZAÇÃO E SINDICATOS: A PRECARIZAÇÃO DA DEFESA DOS INTERESSES DOS TRABALHADORES 360
ALBERTO EMILIANO DE OLIVEIRA NETO
- O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E O DIREITO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS 373
ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER
- O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS 418
SARAH CAMPOS

PARTE I – TRABALHO E PROCESSO

A EFETIVIDADE DO PROCESSO SOB O IMPACTO DAS POLÍTICAS DE GESTÃO JUDICIÁRIA E DO NOVO CPC

Leonardo Vieira Wandelli¹

INTRODUÇÃO

A efetividade do direito é um dos principais elementos da segurança jurídica.² Nada pode contrariar mais as expectativas *legítimas* que o descumprimento da Constituição e das leis. Para isso, deposita-se no processo judicial e no Poder Judiciário boa parte do peso da tarefa de assegurar as expectativas de realização do direito. Este artigo pretende discutir as condições para isso e algumas das estratégias que vêm sendo adotadas com o proclamado objetivo de aumentar a efetividade do processo e do Judiciário, notadamente as políticas de gestão judiciária dos Conselhos Superiores introduzidos pela EC 45/2004 e, mais recentemente, pelo novo Código de Processo Civil.

1 Doutor em Direito, área de concentração em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal do Paraná (2009), Diploma de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Desarrollo pela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2006). Professor do PPGD e coordenador de curso de especialização no UNIBRASIL, Líder do GP-Trabalho e Regulação no Estado Constitucional, Consultant Contractor do OHCHR Office of the High Commissioner for Human Rights – UN, membro do conselho consultivo do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho, Juiz do Trabalho Titular e membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 9ª Região (PR). Membro fundador da Academia Paranaense de Direito do Trabalho.

2 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, RT, 2012, p. 637.

No primeiro capítulo, discutem-se os conceitos de instrumentalidade, efetividade e eficiência do processo, mostrando o deslocamento de foco das políticas atuais em relação aos direitos fundamentais e aos fins e valores constitucionais da jurisdição. No segundo capítulo, essa leitura é associada ao conceito de trabalho judicial, compreendido à luz da Psicodinâmica do Trabalho como elemento inseparável da atuação técnica do processo, impactado pelas políticas de gestão dos Conselhos Superiores introduzidos pela EC 45/2004. Por fim, no capítulo conclusivo, discute-se como a principal estratégia de efetividade do novo CPC, em torno do cultivo de precedentes, perde as suas condições de aplicação em face do promovido esvaziamento de sentido do trabalho judicial.

1. EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL

1.1. Instrumentalidade, efetividade e racionalidade estratégico-instrumental

A noção de instrumentalidade do processo constitui-se em uma das primeiras e mais elementares lições da dogmática processual. O direito processual não é um fim em si mesmo, mas está a serviço da tutela do direito substancial, devendo, o processo, adaptar-se à natureza particular de seu objeto e de seu fim para garantir a efetividade do direito substancial, ou seja, sua observância e, em caso de inobservância, a reintegração.³

É sintomático que o grande Mauro Cappelletti, ao final dos anos 1960, identifique, aí, a principal porta pela qual penetram, no processo, as ideologias que formam a base do direito substancial. O caráter estamental da sociedade feudal se expressa em uma ideologia apriorística e formalista que, no processo medieval encontra espelho, por exemplo, na hierarquização tarifada do valor dos testemunhos segundo o estamento de origem do inquirido. Já a revolução empirista da ciência, com Bacon ou Galileu, encontrando respaldo na ideologia igualitária da revolução francesa, vai derrubar o arcaísmo do sistema de prova legal e introduzir toda uma nova compreensão em torno da ideia de livre convencimento judicial, con-

3 CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 5-6.

sagrando o triunfo do método indutivo-experimental de investigação da verdade, contra o método escolástico. Da mesma forma, a maior ou menor intensidade da disponibilidade privada, frente à maior ou menor intensidade do interesse público e da indisponibilidade dos direitos materiais e processuais, que oscilam historicamente sob a influência das diferentes ideologias político-econômico-sociais dominantes, refletem-se na técnica processual e nos princípios e institutos nos quais se expressa. Daí advêm as transformações históricas nos princípios dispositivo e da demanda e nas restrições à atuação de ofício do juiz. Nesse sentido, o século XX vivenciou um relativo, mas inegável deslocamento no sentido da “socialização” ou publicização do processo, em termos de aumento das situações de indisponibilidade às partes tanto dos direitos materiais, quanto do processo, fortalecimento dos poderes do juiz e do ministério público e ampliação dos deveres das partes.⁴

Em suma, as ideologias entram no processo, primeiro, em razão desse caráter instrumental do direito processual, o que faz absorver também a ideologia jurídico-substancial. Mas as concepções filosóficas, políticas, culturais e ideológicas penetram também diretamente no direito processual, sem a mediação do direito substancial, o que já fora observado a partir do vendaval liberal do século XIX e, depois, com o seu refluxo em parte do século XX. Isso traz à consciência dos cientistas do processo que “a história e a ciência política, a economia e a sociologia se tornaram ingredientes necessários do nosso labor”.⁵ A cultura jurídica, é certo, tem seu desenvolvimento próprio, mas não se isola dos influxos filosóficos, econômicos e políticos de seu tempo.

Talvez a maior manifestação, na ciência processual, do refluxo de publicização do processo tenha se dado em torno da vinculação da noção de instrumentalidade à de efetividade, pela compreensão do direito de ação como direito a uma tutela jurisdicional adequada às diferentes situações de direito substancial, de modo a assegurar a quem tem um direito exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, no mundo real. Amplia-se, assim, o foco do processo da identificação do direito no caso concreto, o que continua central, mas nem sempre é objeto de controvérsia, para abranger a sua instrumentalização aos mecanismos de tutela presentes já no direito material e que propiciem alcançar ao titular os bens da vida

4 Idem, *ibidem*, p. 6-31.

5 Idem, *ibidem*, p. 89.

para os quais tanto o processo quanto o direito material são um instrumento.⁶ Se efetividade é, como diz Luís Roberto Barroso “a materialização, no mundo dos fatos dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”⁷, a interação entre instrumentalidade e efetividade coloca o processo a serviço da realização normativa. Chega-se, então, à compreensão de que, no dizer de Dinamarco, “o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida”⁸. Com isso, rearticulam-se os planos do direito material e direito processual a fim de que a tutela jurisdicional esteja adequada às tutelas materiais. “Uma vez que a efetividade do processo está indissociavelmente ligada a seus resultados no plano do direito material, o processo novamente volta a ser visto como instrumento capaz de conferir a devida tutela ao direito material.”⁹ Deste modo, a noção de instrumentalidade se reconstrói pela reinserção da tutela efetiva dos direitos, no plano da realidade social, como escopo da jurisdição.

A partir daí, passa a fazer algum sentido discutir a efetividade da jurisdição também em termos de eficiência no emprego dos melhores meios, técnicas e estratégias necessários a alcançar a efetividade na tutela dos direitos. Conhecer a sua capacidade de realizar os fins almejados é de indubitosa importância. A própria necessidade de diversificação das formas processuais de tutela no sentido de encontrar as técnicas mais adequadas a cada situação de direito substancial advém do intuito de otimizar os meios processuais aos fins da jurisdição.¹⁰

6 De fato, embora o reconhecimento de direitos seja uma das condicionantes da seletividade da tutela do Estado, aquilo que as pessoas de fato usufruem, realizando suas necessidades e interesses e que se trata de alcançar a elas não são os direitos mesmos – ninguém deixa de ter um direito só porque foi desrespeitado – mas os bens para os quais estes são mediação. Sobre a cadeia conceitual dignidade, necessidades, bens, direitos e valores jurídicos, ver WANDELLI, Leonardo Vieira. *Valor social do trabalho e dignidade na Constituição*. Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales, San Luís Potosí, UASLP, ano V, n. 10, Jul./Dec. 2013, p. 95-122. Disponível em: <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%2010/Redhes10-02.pdf>

7 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 221.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol 1. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 111.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo, RT, 1998, p. 391.

10 PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata* In Rev. Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1979, vol. XXXIV, p. 536-591.

Em uma sociedade organizada na forma de um Estado Democrático e Social de Direito, pode-se mesmo afirmar o caráter necessário dessa dimensão de efetividade da jurisdição.¹¹ De fato, a otimização dos meios em relação aos fins é relevante – e não é à toa que a disciplina do Direito Processual ressalta que o processo judicial é também técnica, como “conjunto de meios preordenados à obtenção de resultados desejados”, o que inclui que esteja informada pela definição dos resultados a obter.¹² Mas, ao mesmo tempo, é indispensável prevenir-se contra o risco de degradação pela moderna absolutização da dimensão estratégico-instrumental. A desmesura da razão instrumental foi denunciada desde Max Weber – que a via como fenômeno inexorável – e já pela primeira Escola de Frankfurt, com Adorno e Horkheimer – que, não obstante, buscavam abrir caminhos de uma via alternativa crítica.

Eficiência, como propriedade correspondente ao agir segundo uma racionalidade estratégico-instrumental, significa, segundo Weber, otimização de meios em relação a fins eleitos.¹³ Para tanto, na versão habermasiana, agregam-se o agir cognitivo-instrumental, que objetiva a eficiência no domínio e transformação do mundo material e físico, e o agir estratégico, em que se visa a submeter as pessoas

-
- 11 Com Enrique Dussel e Franz Hinkelammert, talvez fosse melhor falar em factibilidade, uma dimensão necessária e insuficiente que não exclui, mas subsume em um terceiro nível, as dimensões de verdade material e de validade procedimental, sem absolutizar a dimensão estratégico-instrumental orientada a fins. DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. Petrópolis, Vozes, 2000, p. 237-297.
- 12 DINAMARCO, Instituições, ob. cit., p. 141. Haveria, contudo, a ciência processual, de rever a sua compreensão do que seja técnica. Diversamente do reducionismo de Francis Bacon, para quem a técnica é uma mera aplicação da ciência, a partir dos estudos de François Sigaut, retomados por Christophe Dejours, pode-se afirmar que a técnica não se reduz à *techné* dos gregos, assim como o trabalho humano não se reduz à *poiésis*. Não há trabalho humano sem *pathos* (racionalidade subjetiva) e sem *práxis* (racionalidade prático-moral). Não há técnica processual sem trabalho humano em cooperação de juízes, servidores, advogados, auxiliares e das próprias partes e outros destinatários da atuação Judicial. A pretendida eficácia no atingimento dos fins está sempre embida e dependente das inventividades e subversões desses atores, de suas capacidades comunicacionais e de mobilização subjetiva, dos processos prático-morais coletivos, para muito além da aplicação inerte de procedimentos estabilizados. Assim como na chamada “operação padrão” a aplicação rigorosa dos procedimentos estabelecidos leva à paralização, boa parte da (in)efetividade da jurisdição é inteiramente dependente do “fator humano” do processo cujas racionalidades não se reduzem jamais sob o signo da racionalidade estratégico-instrumental orientada a fins. A respeito, ver DEJOURS, Christophe. *Le facteur humain*. 5ª ed., Paris, PUF, 2010.
- 13 WEBER, MAX. *Economia y sociedad*. 2ª ed., México (D.F), Fondo de Cultura Económica, 1997.

e o seu agir instrumental, ao atingimento dos fins desejados. Do ponto de vista da eficiência, o que interessa é medir e otimizar o grau de recursos (materiais e humanos) alocados para alcançar os fins obtidos. Já a efetividade mede e persegue o grau de atingimento dos fins almejados.¹⁴

O problema ocorre pela redução de todas as formas de razão a essa única racionalidade. Primeiro, uma vez que ela não contribui em nada para a escolha dos fins a serem atingidos de modo eficiente. Isso leva a que se absolutize o cálculo meio-fim em termos de otimização dos meios para produtos imediatos, esvaziando a deliberação sobre quais fins humanos atingir e ignorando a necessidade de reprodução das fontes de toda riqueza, o trabalho humano e a natureza. Inclusive o suicídio individual ou societário pode ser tratado em termos de eficiência dos meios, o que seria o cúmulo da (in)eficiência, levando à destruição do sujeito da ação racional eficiente. Como ressalta Hinkelammert, o mais eficiente é o primeiro a morrer.¹⁵

Do ponto de vista do Judiciário isto acaba se traduzindo em práticas de gestão que tomam em consideração apenas o volume de recursos empregados (*income*) e processos solucionados (*outcome*), em termos numéricos, ao que se agrega, eventualmente, alguma medição do grau de “satisfação do usuário”.

Este modo de pensar faz abstração do fato de que a jurisdição é informada por valores, direitos fundamentais e fins inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito que limitam aquilo que pode ser apreciado em termos de cálculo custo-benefício, seja restringindo os meios ou as técnicas utilizadas, sejam os fins imediatamente visados ou mesmo suas consequências.

Em especial, uma das principais funções do processo é permitir a atuação participativa dos destinatários, em regime de contraditório e igualdade, com real capacidade para influir na tomada de decisão. Justamente por isso, o processo, como *medium* participativo, é normativamente estruturado por direitos fundamentais procedimentais. Assim, a primeira dimensão de efetividade do processo

14 Efetividade, no sentido que aqui empregamos, corresponde ao conceito de eficácia, tanto na ciência ergonômica, quanto na teoria organizacional. Mantém-se o conceito jurídico de efetividade, não só pela tradição, mas para evitar equívocos com o conceito de eficácia jurídica das normas. Efetividade deve abranger, além da eficácia, o bem e a justiça, incluindo o próprio trabalho judicial, como se vê adiante.

15 Ver, por todos, HINKELAMMERT, Franz. Franz. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2002.

está já em relação a esses direitos fundamentais processuais inerentes à democracia que o processo, performativamente, tutela.

Isto não exclui a dimensão de instrumentalidade do processo a serviço da realização dos direitos fundamentais, valores e fins que não são só fins internos aos efeitos jurídicos da jurisdição, mas sobretudo voltados a que o processo judicial “possa cumprir adequadamente suas funções no plano social, no político e no jurídico”.¹⁶ Ainda que se incorpore a compreensão de que o processo tem uma estrutura normativa procedimental centrada na participação igualitária em contraditório, cuja observância é condição necessária de sua validade, considera-se inadequado o entendimento de que isso seria incompatível com a noção de instrumentalidade voltada à efetividade da tutela dos direitos.¹⁷ O equívoco, aqui também, está em absolutizar aquela condição procedimental necessária como se fora condição suficiente e em definir o provimento jurisdicional como objetivo do processo e não a efetiva entrega dos bens da vida para os quais tanto o direito material quando o processual são mediações. Quem participa do processo judicial ou mesmo legislativo o faz não só com vistas à deliberação como fim em si mesma, mas sobretudo em função da transformação do deliberado validamente em bens disponibilizados na realidade. Isto que, no processo, a escolar distinção entre pedido mediato e imediato não deixa esconder. Quem não tem como obter efetivamente, por meio do processo, a tempo e modo adequados, as tutelas necessárias para alcançar os bens da vida tutelados pelo direito, não tem participação adequada assegurada.¹⁸

16 DINAMARCO, ob. Cit., p. 141. Não se adere, aqui, à específica descrição de cada um desses “escopos” como a faz Dinamarco.

17 É o que parecem sustentar LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo, Landy, 2002, p. 126-129; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio, Aide, 2001, p. 168-188.

18 Em sentido aproximado, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo RT, 2015, p. 448. Talvez, porém, fosse mais apropriado diferenciar, além da técnica processual e a tutela dos direitos, os bens da vida (objetos materiais e imateriais, atividades e relações) para os quais tanto as técnicas processuais quanto as tutelas materiais são uma mediação. Assim, poder-se-ia falar, além do pedido imediato (a técnica processual), do pedido mediato (a tutela material que protege o direito atribuído), de um pedido final, o bem da vida pretendido, que é objeto do âmbito do direito atributivo e que realiza, enfim, as necessidades e interesses humanos. Exemplificando, a técnica processual de antecipação provê, de forma antecipada, a tutela material reintegratória no emprego que, por sua vez, é objeto do direito fundamental ao trabalho, o qual está a serviço do bem trabalho juridicamente protegido,

A par disso, o processo transcende a necessária justiça às partes. Quando se reduz o processo ao seu sentido endoprocessual, negligenciando-se os seus fins metaprocessuais, condena-se a sociedade inteira a sofrer os efeitos deletérios indesejados do demandismo fragmentário, que retorna sobre a cabeça dos atores na forma de simultânea multiplicação das ilicitudes e abarrotamento dos tribunais, o que em nada se assemelha alguma versão saudável da ideia de participação democrática pelo processo. No limite, ganham vida propostas inaceitáveis que pretendem resolver o problema estreitando a porta do Judiciário, como foi o caso do requisito de submissão obrigatória das demandas trabalhistas às comissões de conciliação prévia, introduzido pela Lei nº 9.958/2000 e considerada inconstitucional pelo STF.¹⁹ De toda forma, reduzir a avaliação da performance judicial apenas à “satisfação dos consumidores dos seus serviços” pereniza esses efeitos deletérios da fragmentação processual em detrimento da efetividade.

Mas, ademais, se, de um lado, o alcance dos fins e valores depende do emprego adequado dos meios e técnicas necessários, de outro, a absolutização da racionalidade estratégico-instrumental como fundamento último implica o esvaziamento do sentido da eleição dos fins, o abandono dos valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito e, em última análise, no esvaziamento da própria eficiência: eficiente em relação a quais fins? Certamente não seriam eles os fins democraticamente definidos na Constituição, mas fins outros, introduzidos de modo sorrateiro em seu lugar, a fim de sobredeterminar aquilo que a sociedade pode esperar do direito.

Por fim, é indispensável ressaltar que o processo se realiza pelo trabalho humano. E este não é passível de redução à racionalidade estratégico instrumental, o que será abordado no capítulo 2.

Por isso, embora a dimensão da eficiência seja necessária, é insuficiente como modelo de gestão de uma instituição nuclear do Estado Democrático e Social de Direito, como o Poder Judiciário, tanto do ponto de vista da efetividade material,

com todo um conjunto de atividades e relações realizadoras de um sem-fim de necessidades e interesses humanos inerentes à centralidade antropológica e social do trabalho. Por isso, recompor a relação jurídica de emprego, sem recompor a efetiva situação de trabalho, mantendo o trabalhador reintegrado sem atribuições, não alcança o pedido final.

19 ADIs 2139 e 2160, julgamento da cautelar em 13.05.2009, dando interpretação conforme à constituição para considerar facultativa a exigência do art. 625-D, da CLT introduzido pela Lei 9.958/2000. Sobre a referida lei, ver RENAULT, L. O. L e VIANA, M. T. *Comissões de conciliação prévia: quando o direito enfrenta a realidade*. São Paulo, LTr, 2003.

quanto do ponto de vista dos direitos procedimentais de participação, como também do ponto de vista do trabalho humano. Portanto, a necessária consideração da racionalidade estratégico-instrumental orientada a fins não deve significar o esvaziamento dos direitos fundamentais processuais e materiais, valores e objetivos constitucionais e democráticos da Justiça e do sentido do trabalhar da instituição. Ao revés, deve estar a serviço de sua realização.

1.2. A falsificação da efetividade em eficiência

Na atual quadra histórica, a grande onda neoliberal já há algumas décadas tem fustigado não só por dentro da via instrumental do processo e por sobre ela, como descreveu Cappelletti, mas tem promovido um desvio de sentido crucial na própria noção de instrumentalidade do processo. Um ataque que tem como alvo justamente deslegitimar a busca de efetividade da jurisdição no sentido da realização efetiva do projeto constitucional. Sob o influxo da ideologia neoliberal, a instrumentalidade perde todo vínculo com os fins da jurisdição, uma vez que essa racionalidade rompe com uma orientação a fins e valores constitucionalmente eleitos, renunciando à própria pretensão de racionalidade em termos de avaliação de causa e efeito, degradando-a em uma mera eficiência exclusivamente no emprego dos meios.²⁰ Note-se que essa verdadeira anomalia na história da cultura humana acentua que o processo judicial se destina a ser eficiente – e muitos planos e programas para isso têm sido engendrados e promovidos junto aos Estados Nacionais pelas agências públicas e privadas da “nova ordem” com gastos de centenas de bilhões de dólares²¹ –, propriedade que pretende substituir a efetividade, mas não na realização de quaisquer fins constitucionais. Isto porque abandona toda pretensão de realização efetiva dos fins constitucionais da jurisdição, afastando-se diametralmente dos principais avanços da ciência processual recente.

20 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 3, n.10, 2003, p. 54. MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Florianópolis, Habitus, 2009, p. 185-189.

21 Boaventura de Sousa SANTOS mencionou, em 2007, gastos de 300 bilhões de dólares em programas de reforma do judiciário no mundo. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo, Cortez, 2007, p. 12-13.

De fato, foi Friedrich Hayek quem desenvolveu o maior esforço de deslegitimar aquilo que denomina de “construtivismo”, ou seja, a pretensão de criar instituições sociais voltadas à consecução de fins valiosos racionalmente almejados. Seguindo o argumento de Popper, para quem seria sempre impossível prever os resultados concretos das nossas ações intencionais voltadas a atingir fins valorados como bons²², Hayek propõe abandonar a veleidade pretensiosa da ação racional voltada à consecução de fins valiosos, pois esta conduziria sempre à negação totalitária da liberdade. Propugna, em vez disso, restringir o direito a “un conjunto de normas abstractas que, al delimitar el campo del comportamiento individual, haga posible la formación de un orden espontáneo basado en el oportuno desarrollo de las iniciativas individuales”.²³ Assim, a absorção da concepção neoliberal de eficiência significa uma verdadeira corrosão do sentido de instrumentalidade e efetividade, uma vez que, para essa visão, toda eficácia possível se resume a criar as condições que permitam o evoluir natural de uma suposta ordem espontânea.²⁴

Em Hayek, o papel reservado à jurisdição é voltado a defender os princípios abstratos dessa ordem espontânea e aprimorá-los, em caso de imprecisão, lacunas, discrepâncias nas situações concretas, ou inobservância, podendo mesmo o juiz, se necessário, criar novas normas, mas sempre pautado em assegurar a concórdia harmônica das expectativas individuais. Põe, assim, o juiz, a serviço de uma ordem que não decorre da autoridade e muitas vezes surge contra a autoridade.

22 Para uma crítica à metodologia de Popper, ver HINKELAMMERT, ob. Cit., p. 17-105.

23 HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*. Vol. I, Madrid, Unión Editorial, 1994, p. 128.

24 O próprio Hayek acusa a flagrante contradição diante da necessidade perseguir essa única finalidade almejada das condições de uma ordem espontânea, após ter recusado a plausibilidade de perseguir qualquer outro fim: “Sólo en la medida en que se llega a reconocer sin reserva alguna que el orden social es un estado de cosas distinto del contenido de las normas que contribuyen a su formación se puede advertir que esse orden abstracto puede constituir el próprio fin de las normas de comportamiento.” HAYEK, ob. Cit., p. 198. Evidentemente se trata apenas de um específico “construtivismo” totalitário, baseado não no acúmulo do aprendizado histórico humano e falível, mas na crença religiosa de uma suposta “ordem catalática do mercado” jamais demonstrada mas em cujo altar todos os sacrifícios são justificados. Para a construção desse “fim único”, diz Hayek, são necessários “poderes absolutos que deberían usar, justamente, para evitar y limitar todo poder absoluto en el futuro”. (*Apud* HINKELAMMERT, ób. Cit., p. 169) Mas como, seguindo o mesmo Popper, não é possível prever as consequências das nossas ações devotadas a criar as condições necessárias à “ordem espontânea” prometida, o mais plausível é que esse seja só um totalitarismo *tout court*.

de, recusando “qualquer intento de submetê-la a uma organização deliberada”.²⁵ “Sua tarefa somente adquire sentido dentro de uma ordem espontânea e abstrata, como a do mercado.”²⁶ Por isso, é preciso renunciar humildemente a todo intento racional de realizar o bem e a justiça, dada a inegável falibilidade humana, para permitir o aflorar dessa razão “coletiva e milagrosa” derivada das práticas humanas fragmentárias no mercado. Não obstante afirma que essa ordem somente possa ser deduzida dos princípios fundamentais já existentes no modo de vida da sociedade, que prevalecem sobre a legislação escrita, Hayek introduz nela, de forma arbitrária e nada “espontânea”, os dois únicos direitos fundamentais – cuja “naturalidade” qualquer bosquejo histórico facilmente desmente –, o direito de propriedade e o respeito aos contratos. Para defender estes direitos e destruir a ordem “construtivista” – e com isso vão se multiplicando os “fins” da ordem neoliberal –, chega a justificar o emprego de “poderes absolutos que debería usar, justamente para evitar y limitar todo poder absoluto en el futuro”.²⁷

Na verdade, trata-se no fundo de uma forma de pensar totalitária, que pretende construir uma sociedade inteiramente anômala na história humana,²⁸ baseada na fé religiosa nas propriedades de uma ordem espontânea do mercado, jamais demonstradas, ao passo que procura deslegitimar, sob um argumento anti-construtivista, que não aplica a ela mesma, qualquer intento de produzir outra alternativa de bem e justiça.

É verdade, de um lado, que nem todas as propostas de reforma do Poder Judiciário e das leis processuais, consideradas um requisito imprescindível ao desenvolvimento, na inspiração neoliberal, correspondam inteiramente ao modelo de revelação e correção evolutiva da ordem “espontânea” pregado por Hayek. Há outras visões moralmente menos pretensiosas que essencialmente preconizam que o papel do Judiciário deva estar inteiramente determinado pela necessidade de redução dos custos das transações, solucionando os litígios de forma a assegurar o cumprimento dos contratos e das titularidades da forma mais previsível, célere e

25 Idem, *ibidem*, p. 207.

26 Idem, *ibidem*, p. 210.

27 Entrevista ao jornal chileno *El Mercurio*, publicada em 12.04.1981, em plena ditadura de Pinochet.

28 Bastariam os estudos de POLANYI, Karl. *A grande transformação. As origens de nossa época*. Tradução Fanny Wrobel; Revisão Técnica: Ricador Benzaquen de Araújo. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012; Idem. *El sustento del hombre*. (Edição a cargo de Harry W. Pearson). Barcelona, Mondadori, 1994.

barata possível.²⁹ Por outro lado, em pelo menos um aspecto essas perspectivas se identificam: no esvaziamento da efetividade metaprocessual da jurisdição, substituída pela mera eficiência dos meios judiciais. A estratégia, aí, é bem apanhada por Alexandre Rosa: “É que confundindo efetividade (fins) com eficiência (meios), grudando falsamente os significantes como sinônimos, na ânsia de melhorar a realidade, muitos atores jurídicos caem na armadilha do discurso neoliberal”.³⁰

Essa armadilha cria um grande engano ao qual são levados as cidadãs e cidadãos. À medida que é totalmente incomum a especiosa noção de uma eficiência de meios desconectada dos fins, propaga-se a percepção de que é a efetividade da realização dos fins da jurisdição que se está buscando com as reformas, a fim de atender, finalmente, aos anseios sociais dos “famintos por Justiça”³¹ quando, em grande parte dos casos, o que se trata é apenas de perseguir essa estranha eficiência de meios que se traduz em um Judiciário previsível, controlável, que julga industrialmente grandes volumes de demandas de forma rápida e barata, a serviço de um fim único, não explicitado, de otimização do mercado.

Não se pretende, aqui, dizer que a Reforma Judiciária brasileira impulsionada a partir da EC-45/2004 implemente exclusivamente medidas de signo neoliberal. Tampouco se nega que diversas das medidas recentes são benéficas e relevantes em termos de melhorar a atuação de um Judiciário ainda tão distante de sua missão e repleto de irracionalidades de diversas ordens.³² Sem dúvida, eficiência não é um mal em si, ao contrário, se estiver a serviço de fins valiosos ao bem viver. Mesmo atributos como segurança, celeridade, transparência, acessibilidade, inde-

29 Na síntese de Sérgio Rocha: “É necessário, segundo o ditame neoliberal, assegurar os meios necessários de proteção do investidor e do proprietário, de sorte que os contratos sejam cumpridos e as decisões judiciais sejam previsíveis e decorram de processos baratos e acessíveis. Para efetiva implementação desta política, não basta fazer reforma de mercado, abrir a economia, privatizar, ter estabilidade; é imprescindível o desenvolvimento do Judiciário como prestador de serviços com imparcialidade, previsibilidade, agilidade, custo de acesso e possibilidade de recurso limitada,” ROCHA, Sérgio. *Neoliberalismo e Poder Judiciário*. In COUTINHO, Jacinto N. M. e LIMA, Martonio M. B. (org.) *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 504.

30 ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 214.

31 A expressão é de John FRENCH. *Afogados em leis*. São Paulo, Perseu Abramo, 2001, p. 7.

32 Para uma avaliação externa e insuspeita de influências neoliberais, SANTOS, ob. Cit., p. 24-27 e 45-65.

pendência, são evidentemente positivos, à medida que estejam a serviço da tutela efetiva dos direitos, o que, porém, faz exigir-se uma cesta mais rica de atributos. Malgrado isto, é pungente a incompatibilidade daquela perspectiva reducionista com os fins, valores e direitos fundamentais que constituem a identidade da nossa ordem constitucional. Basta lançar os olhos sobre os artigos 1º, III e IV, 3º, I, II e IV, 5º, *caput* e XXXV, 6º, 7º, 170 da Constituição.

Não faz sequer sentido promover a eficiência no uso dos meios judiciários, se o padrão de avaliação não estiver centrado na idoneidade dos meios para a consecução dos seus fins constitucionais, no sentido da missão que lhe toca em dar efetividade ao programa constitucional-legal para a sociedade, por meio da atuação jurisdicional e dos demais mecanismos institucionais do Poder Judiciário. Uma eficiência de meios, em termos de otimização quantitativa, que signifique a redução da capacidade do Poder Judiciário em realizar aqueles fins, valores e direitos fundamentais, ainda que favoreça os direitos de alguma parcela da sociedade, é, em suma, ineficiente.

No entanto, as políticas de gestão judiciária implementadas a partir da EC 45/2004 pelos Conselhos Superiores – que, repete-se, não deixaram de trazer diversos resultados positivos – têm procurado aferir eficiência do uso dos meios jurisdicionais e demais formas de atuação do Judiciário em termos de quantidades e velocidade no uso desses meios. O modelo gestor da “Justiça em Números” exhibe, como indicadores de eficiência, v.g., as quantidades de processamento e julgamento de demandas, quantidades de atos jurisdicionais, tempos e congestionamento. Indo além, promove a alocação de recursos com base nessas variáveis e faz isso sem vincular-se em nada com sua função instrumental aos fins jurisdicionais, seja os fins endoprocessuais, vez que não há formas de avaliação qualitativa da prestação jurisdicional, seja os fins metaprocessuais. Estes últimos têm como ponto crucial a efetiva transformação dos fatos sociais, no sentido de promover a aproximação ao programa constitucional-legal, mediante o emprego de meios e técnicas adequados à tutela dos direitos. Mas os mecanismos que vêm sendo introduzidos para a gestão e alocação dos recursos do judiciário voltam-se para o desovar produtivista de atos jurisdicionais, sem qualquer sensibilidade para o aspecto qualitativo e para os impactos sociais desses atos, desnaturando o próprio sentido do trabalho judicial. Trata-se, portanto, de uma noção de eficiência que é irracional, até mesmo do ponto de vista restrito da relação meio-fim.

Ao fazer isso, ademais, como o processo e a atuação da jurisdição não se descolam do trabalho humano, esse modelo está promovendo, como se vê adiante,

a desconexão do trabalho de magistrados, servidores, advogados, membros do ministério público e auxiliares, com os princípios e valores éticos e técnicos que sustentam o trabalho dos integrantes da organização judicial e que se prendem em grande parte justamente à dimensão de efetividade da jurisdição.³³ O resultado, do ponto de vista externo, da sociedade, vai no sentido da piora da qualidade da prestação jurisdicional, menor efetividade e, de ricochete, multiplicação fragmentária das demandas. Do ponto de vista interno, dos agentes, é a degradação das condições de relacionar trabalho e vida digna, com a simultânea degradação das condições de mobilização das capacidades a serviço daquela missão. Desmobilização subjetiva, perda de sentido do trabalho, adoecimento ou mesmo suicídio, para uns, cinismo defensivo³⁴, para outros, isto que não deixa de ser, também, desperdício das capacidades humanas de que se dispõe.

1.3. Tutela jurisdicional efetiva e direitos trabalhistas

O reconhecimento de um “direito” pelo sistema jurídico atribui, aos titulares, um complexo de posições jurídicas subjetivas tanto de caráter prestacional (prestações fáticas e normativas³⁵), quanto de caráter defensivo, de respeito, assim como direitos de proteção. Ademais, emanam, desse mesmo direito, deveres objetivos ao Estado, aí incluída a administração, o legislativo e o judiciário e, muitas vezes, aos particulares que, na precisa linguagem desenvolvida nas normativas internacionais, expressam-se como deveres de respeitar (não violar), proteger (atuar para que outros não violem), e implementar (que se desdobra em proporcionar, facilitar e promover).³⁶ Tais deveres configuram a dimensão objetiva dos direitos

33 SZNELWAR, Laerte Idal *et alli*. *Trabalhar na magistratura: construção da subjetividade, saúde e desenvolvimento profissional*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2014.

34 DEJOURS, Christophe. *Le choix*. Paris, Bayard, 2015, p. 71-72.

35 ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 428. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 192.

36 Cf. a terminologia adotada no Direito Internacional, e.g. as Observações Gerais n. 3 e 18 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, bem como os Princípios de Limburg, de 1986 e as Diretivas de Maastricht, de 1997, relativas à efetivação do PIDESC e ainda a Declaração de Quito, de 24.07.1998, sobre a exigibilidade e realização dos DESCs na América Latina e Caribe.

e, em boa parte, não são a mera contrapartida passiva dos direitos subjetivos dos titulares.³⁷

É claro que a atribuição ou reconhecimento de um direito é frequentemente deficiente, em termos de definição precisa das obrigações e proibições que constituem as garantias primárias do direito subjetivo, bem como dos órgãos destinados a atuar e das medidas que estes possam tomar para impor essas garantias primárias, e que se denominam garantias secundárias. O mesmo se passa quanto àqueles deveres objetivos.³⁸ Isto mostra como, de fato, não se confundem o reconhecimento de direitos e as garantias materiais e processuais de sua efetividade. Mas algo anterior precisa ser percebido, aí.

Para sermos francos e lúcidos é preciso admitir que somente uma mínima parcela das cotidianas violações e ameaças aos direitos é diretamente alcançada por alguma forma concreta de atuação protetiva do Estado, seja por políticas públicas, seja pela atuação fiscalizadora ou corretiva de seus órgãos. Propomos, aqui, um exercício mental sugerido por David Sanchez Rubio³⁹. Se imaginarmos as miríades de situações da vida cotidiana em que ocorrem violações ou ameaças a direitos, nas residências, empresas, escolas, espaços públicos, espaços naturais, etc., seria impossível que mais que uma mera fração centesimal fosse beneficiada pela atuação direta do Estado. Muitas delas escapam mesmo ao legislador, como é o exemplo dos direitos procedimentais de participação e de defesa no âmbito das relações de trabalho, até aqui escassamente tutelados pela lei. Por isso, as principais medidas de efetividade (e de violação) dos direitos são prévias à ação estatal. São relativas às formas não jurídicas de atuação que se inscrevem nas práticas sociais, nas lutas reivindicatórias, nas tradições, na cultura, na ética, na sensibilidade social e que, com muito mais alcance que o Estado, desenvolvem-se diariamente e em todo lugar. Outras tantas referem-se a formas jurídicas não estatais de

Também ABRAMOVICH Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, p. 31.

37 Limitamo-nos, aqui, aos deveres decorrentes da dimensão objetiva dos direitos que não se confundem com os chamados deveres autônomos.

38 Modifica-se ligeiramente, aqui, o conceito de lacunas primárias e secundárias em FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In FERRAJOLI, et alii. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001, p. 48.

39 SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Barcelona, Icaria, 2011, p. 104-113.

tutela dos direitos próprias de fenômenos de pluralismo jurídico. Assim, diante da impossibilidade fática de sua atuação integral – o que ademais de inviável significaria uma sufocante utopia jurisdicista – a presença estatal é, frequentemente, seletiva, quando não é propositalmente omissa a fim de permitir que os poderes privados exerçam a sua autotutela e se sobreponham ao direito do Estado.⁴⁰ Quando falham os recursos sociais de efetividade, uma pequena fração das violações chega nas medidas legislativas, administrativas e políticas públicas de proteção. Quando, por sua vez, estas falham também, é apenas uma fração infinitesimal das violações que consegue alcançar o Poder Judiciário, o que não impede de abarrotá-lo.

O fracasso das instâncias social, administrativa e legislativa, leva ao aumento das violações e ameaças que desaguam no Poder Judiciário. Em virtude disso, muitas questões elementares de descumprimentos de direitos são trazidas ao Judiciário, ainda que não haja controvérsia quanto à existência ou não do direito vindicado. Trasladam-se à via cirúrgica do Judiciário questões que deveriam estar sanadas por medidas preventivas ou pela via medicamentosa da ação fiscalizadora e promotora do Estado. É relevante, neste ponto, o recente alerta da OIT quanto à necessidade de fortalecer o deficiente sistema de inspeção do trabalho dos países da América Latina e Caribe.⁴¹ Visto isto, fica claro que julgar cada vez mais e mais rápido ações individuais voltadas ao ressarcimento pecuniário de direitos violados como intervalo intrajornada ou adicional de insalubridade, mobilizando repetidamente todo o aparato judiciário, sem que se transformem as realidades desconformes à lei, não significa eficiência, mas evidente desperdício. Nesses e em outros casos, a inadequação da técnica processual condenatória com execução ressarcitória pelo equivalente em dinheiro é evidente e constitui importante causa de inefetividade.

No que se refere aos direitos decorrentes do trabalho, enfeixam-se aí um grande número de bens essenciais à pessoa que não são adequadamente ressarcidos após a violação ou com o ressarcimento tardio e situações em que a violação permanente demanda ser o quanto antes cessada. Com muito maior razão que no processo comum, como diz Antonio Álvares da Silva, a instrumentalidade do

40 É o que Boaventura SANTOS denomina de fascismo paraestatal e SANCHEZ RUBIO denomina de atitude bipolar em que determinados direitos humanos são superprotegidos enquanto outros são subprotegidos.

41 OIT. A inspeção do trabalho é fundamental para reduzir a informalidade. Publ. Em 26.05.2015. http://www.ilo.org/global/docs/WCMS_372736/lang--en/index.htm

processo do trabalho “tem que ser desenvolvida dentro da mesma finalidade da norma trabalhista: garantir ao trabalhador a tutela efetiva de seus direitos”, o que equivale a garantir-lhe as condições de obter, pelo trabalho, uma vida digna.⁴² Além do dano aos bens objeto do direito inobservado, enfeixam-se danos marginais a outros bens decorrentes da permanência da situação de violação que, nas relações de trabalho, são especialmente relevantes. Ademais, pelos mecanismos de mercado, “a lesão aos direitos trabalhistas de um trabalhador é fator de potencial rebaixamento das condições de trabalho de toda sua categoria”,⁴³ favorecendo o *dumping* social prejudicial à concorrência e aumentando os efeitos de inefetividade.

Mas mesmo que se empregassem as técnicas processuais que permitam dar máxima efetividade às tutelas necessárias em todos os casos jurisdicionalizados – tutelas de urgência, inibitória, de remoção do ilícito, ressarcimento específico ou *in natura*, com meios executivos adequados –, isso não significaria, necessariamente, solucionar o déficit de efetividade no quadro geral de violações e ameaças aos direitos.

Se este exercício nos permite, por um lado, constatar que a maior parte da efetividade almejada deve ser procurada nos momentos pré-judiciais – nas medidas sócio econômicas, no fortalecimento da organização sindical e da estrutura fiscalizatória –, por outro lado ele nos dá a dimensão da dramática importância da apreciação daquelas residuais situações que chegam a ser objeto de provimento jurisdicional e que constituem a cota-parte de responsabilidade que o Judiciário precisa assumir. Ademais, ele nos permite traçar um quadro geral no qual a eficiência no emprego dos meios possa estar a serviço da efetividade das tutelas aos direitos.

Sintetizando, compreende-se que a tutela jurídica dos direitos é apenas uma pequena parte das determinantes de sua efetividade. E a tutela judicial dos direitos é, por sua vez, uma pequena parte da tutela jurídica. O processo é um precioso mecanismo democrático de participação e tutela de direitos. Mas, como bem observa Calmon de Passos⁴⁴, “equiparar a efetividade do processo à efetividade do decidido pelo magistrado é propugnar a inefetividade da cidadania”.

42 SILVA, Antonio Álvares. *Questões polêmicas de direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1992, p. 63-64.

43 CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: LTr, 2003, p. 19.

44 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaaios e artigos*. Salvador: JusPODIVM, 2014, Vol. 1, p. 393.

No que respeita à tutela jurisdicional dos direitos decorrentes do trabalho, dadas as suas características, é indispensável rever-se o quadro de fato em que predomina o ressarcimento em dinheiro em demandas individuais, voltadas à obtenção de sentença condenatória com execução substitutiva da vontade do devedor, em processos demorados e a juros baixos. Frente o caráter existencial e alimentar dos direitos decorrentes do trabalho, cuja violação não se ressarce integralmente, as tutelas inibitória e de remoção do ilícito são sem dúvida as mais importantes. Mesmo à responsabilidade civil cabe a função de atuar de forma preventiva ao dano, sancionando o risco ilícito.⁴⁵ Quando o dano ocorre, restam duas formas de tutela ressarcitória: a tutela específica e a tutela substitutiva pelo equivalente.⁴⁶ Destas duas, sem dúvida a primeira é a mais relevante do ponto de vista da efetividade. Contudo, mesmo quando se trata de ressarcimento por substituição, cabe priorizar um amplo leque de formas não pecuniárias de reparação, de maior potencial restaurativo que a condenação em dinheiro, especialmente adequadas à reparação de danos extrapatrimoniais.⁴⁷ Mas mesmo no que se refere à tutela ressarcitória pelo equivalente em dinheiro, dado o caráter alimentar e conexo a outros direitos pessoais do crédito trabalhista, são necessárias técnicas processuais de maior efetividade que mitiguem os danos marginais da demora do processo,⁴⁸ bem como que abranjam os danos sociais acarretados pelas violações.

45 VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva: a proteção contra a violação de direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e a evolução da responsabilidade civil*. 1 ed. São Paulo: QuartierLatin, 2010. WANDELLI, Leonardo V.; EUFRÁSIO, Cintia Mayara. *A responsabilidade civil preventiva do empregador como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais à saúde, ao trabalho e ao meio ambiente do trabalho*. In: NEWTON, Paulla C.C.; CADERMATORI, Daniela M. L.; ANDRADE, Everaldo G. L. (org.). *Anais do XXII Congresso Nacional do Conpedi - direito do trabalho IV*. Joao Pessoa - PB: Universidade Federal da Paraíba, 2014, v. xxii, p. 94-117.

46 MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, ob. cit., vol. 1, p. 293-301.

47 SCHREIBER, Anderson. *Reparação não pecuniária dos danos morais*. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2011, p. 329-346.

48 CAVALCANTE, Ricardo T. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, 166-167.

Certamente que, para todas as formas de tutela, a técnica de antecipação pode ser um direito decorrente diretamente da inafastabilidade da jurisdição.⁴⁹ Até porque, em argumento *a fortiori*, se a supressão da autotutela pelo Estado e o direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição são os fundamentos da técnica antecipatória, com muito maior razão é a sua utilização no processo do trabalho, não só em face do caráter existencial e alimentar dos direitos aí tutelados, o que é evidente, mas também pelo fato de que ao empregador se resguardaram diversos poderes de autotutela, aos quais se submete o trabalhador, na forma de poderes diretivos, organizativos, e sancionatórios. O processo do trabalho é, em grande parte, a judicialização reativa do trabalhador à autotutela do empregador, o que potencializa a injustiça de submeterem-se os direitos daquele aos danos da demora do processo e avulta a relevância do direito à técnica antecipatória.⁵⁰

Nesse contexto, não se duvida que a tutela jurisdicional coletiva e os mecanismos diferenciados de processamento e julgamento de demandas repetitivas – estes tão intensamente tratados na legislação recente e no novo CPC – devem ganhar vulto. Mas uma vez que o objetivo seja deslocado da multiplicação industrial das estatísticas de processos para a adequada e efetiva tutela e para a realização dos escopos metaprocessuais, além dos aspectos endoprocessuais qualitativos, devem ser repensadas as técnicas processuais de modo a permitirem realizar a tutela material efetiva dos direitos e interesses de massa e coletivos⁵¹, muito mais que desafogar os tribunais, por mais que isto seja necessário.

49 “Mais precisamente, o uso da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, com o emprego de todos os meios de execução indireta autorizados pela lei (...) terá a grande virtude de eliminar, em grande parte, as evidentes vantagens de que até hoje tem usufruído o devedor trabalhista (...) fazendo uso da via judicial para ganhar tempo e para forçar a parte hipossuficiente a transações visivelmente desvantajosas, nas fase de conhecimento e de execução.” PIMENTA, José Roberto. Aspectos processuais da luta contra a discriminação na esfera trabalhista. A tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In. RENAULT, L. VIANA, M. CANTELLI, P. (Coord.) *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo, LTr, 2010, p. 252.

50 O fato de o empregador não precisar demandar para descontar salários, modificar o conteúdo da prestação laboral ou aplicar sanções contratuais, inclusive disciplinares ao trabalhador, há de colocar um grão de sal na afirmação da supressão da autotutela como mito fundante da ciência processual.

51 Nesse sentido, o excepcional estudo de ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo, RT, 2013.

É de se lamentar, assim, a ausência, no novo CPC, de instrumentos de coletivização do tratamento de demandas individuais e de promoção da ampliação do objeto da demanda para abranger os direitos coletivos e difusos a ela subjacentes. Considera-se lamentável e contraditório às promessas do novo Código, o veto presidencial ao art. 333 que permitiria, ainda que de forma acanhada, a conversão da ação individual em coletiva.

Outrossim, também é necessário o aprimoramento do acesso à justiça. A facilitação dos mecanismos de representação e substituição processual com a proteção do direito à tutela jurisdicional frente ao poder de resilição do empregador⁵², a acessibilidade digital e a urgente reformulação do sistema de assistência judiciária da Lei nº 5.584/70 são alguns dos exemplos mais evidentes. Mas sem agregar à acessibilidade e celeridade do Judiciário indicadores claros de efetividade no plano material de transformação de uma realidade em desconformidade com a Constituição e as leis, a eficiência dos meios se mostra irracional.

2. A GESTÃO JUDICIÁRIA E SEUS IMPACTOS SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O ponto a que se passa agora pretende mostrar como essa irracionalidade de uma eficiência processual sem referente em termos de efetividade – o que Weber denomina de irracionalidade do racionalizado – mostra-se insustentável não só do ponto de vista externo ao processo – o dos destinatários da Justiça. Por mais que se possa imaginar que, do ponto de vista da lógica da burocracia judicial, seja confortável uma forma de pensar a jurisdição com abstração dos seus fins meta-processuais e mesmo da justa solução às partes, isto também é desprovido de sustentabilidade e de eficácia do ponto de vista das pessoas que trabalham “fazendo” o processo. Afinal, como expressam lucidamente Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o processo judicial também é uma “comunidade de trabalho”⁵³. Talvez as ciências do trabalho tenham, então, algo a dizer à ciência processual.

52 A respeito, WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o (direito do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo, LTr, 2004, p. 419-423.

53 MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, ob. cit., vol. 2, p. 72.

2.1. Técnica processual e trabalho judicial

Segundo o vaticínio de Dinamarco, “o processo jamais deixará de ser uma técnica”, entendida como conjunto de meios preordenados para a obtenção de fins almejados⁵⁴. A adequação do processo aos fins do direito “exige, no primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos”.⁵⁵ É certo que, como já visto, o processo não é apenas técnica. Mas em que consiste essa atividade técnica do processo?

Marcel Mauss⁵⁶ e Max Weber, entre outros, mostraram, sob perspectivas diversas, como técnica não é sinônimo de procedimento racional e, ao revés, os atos e regras técnicos sempre estão repletos de irracionalidades e crenças mágicas neles pressupostas, compartilhadas e transmitidas pelos atores. O fato é que nenhuma técnica é capaz de prescindir das capacidades daqueles que a colocam em prática. Por mais que se queira que a técnica garanta o domínio do trabalho morto sobre o trabalho vivo, este jamais é inteiramente suprimível.⁵⁷ Conforme François Sigaut, há toda uma tradição de vertentes teóricas que pretendem suprimir a questão tecnológica do campo das ciências humanas, segregando-a em uma concepção mecanicista de técnica cultivada pelas engenharias. O pano de fundo disso está na indevida compreensão de que há um trabalho de exclusiva execução e cumprimento, sem qualquer dimensão de criação e empenho individual e coletivo das subjetividades.⁵⁸ Contudo, o que as ciências do trabalho mostram é que essa visão, a par de perversa, é profundamente equivocada. Não há atuação técnica que não seja altamente dependente dos recursos agregados pelos sujeitos do trabalho humano.

54 DINAMARCO, *Instituições*, ob. cit., p. 141. O mesmo autor adverte que “isto não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo, como instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado.” Idem. *A instrumentalidade do processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 267.

55 MARINONI, L. G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, RT, 2004, p. 28.

56 MAUSS, Marcel. As técnicas do corpo. In: MAUSS, *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p.399-422

57 DEJOURS, ob. cit., WANDELLI, Leonardo. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo, LTr, 2012.

58 MOLINIER, Pascale. *O trabalho e a psique: uma introdução à psicodinâmica do trabalho*. São Paulo, Paralelo 15, 2013, p. 95-103. DEJOURS, ob. cit., p. 27-35.

A primeira contribuição fundamental da ergonomia, especialmente de origem francófona⁵⁹, assim como da psicodinâmica do trabalho⁶⁰, está em evidenciar que há sempre uma distância insuprimível da ordem prescrita – os comandos e regras deontológicos, técnicos e de atribuição de poderes – em relação à ordem real do trabalho. Essa distância traduz-se na diferença conceitual, induzida a partir da pesquisa empírica, entre a tarefa – aquilo que se demanda seja feito – e a atividade, aquilo que os sujeitos de fato fazem para que os objetivos da tarefa sejam alcançados, mobilizando os seus recursos individuais e de cooperação coletiva, articulando compromissos entre demandas contraditórias, encontrando soluções para os imprevistos, muitas vezes descumprindo as ordens e regras para fazer um bom trabalho. Trabalhar, então, é justamente mobilizar seus recursos para enfrentar a resistência ao domínio que oferecem tanto os materiais e instrumentos de trabalho (real objetivo), as interações com os colegas de trabalho e usuários (real intersubjetivo) e o próprio corpo (real intrassubjetivo) a fim de, suprindo a constitutiva deficiência da ordem prescrita, realizar os objetivos da tarefa. Alcançar algum compromisso possível entre as demandas contraditórias por rapidez, qualidade, segurança, as demandas do próprio sujeito corporal, em condições de variabilidade contínua dos mais diversos fatores, no interior de uma coletividade de trabalho constituída por regras formais e informais é algo que é tão distante do ideal de cumprimento estrito de regras técnicas quanto o ideal do juiz como “bouche de la loi” se aparta da realidade do trabalho judicial.

Quando se procura realizar rigorosamente tudo aquilo e somente aquilo que está nas regras técnicas o resultado é a paralisação da produção. É o que mostram os trabalhadores com a experiência da operação padrão ou greve de zelo. O zelo, como tudo aquilo que a subjetividade mobiliza e acrescenta para suprir a distância entre a ordem prescrita e a ordem real, está para a tarefa, no âmbito individual, assim como a cooperação entre as diferentes subjetividades está para a coordenação, no plano coletivo. A integração das inteligências singulares no trabalho coletivo depende não só de prescrições organizacionais, conceituadas como coordenação. Elas também dependem da atuação compromissada e livre, entre os trabalhadores, muitas vezes contra a coordenação prescrita, no sentido de compatibilizar as

59 DENIELLOU, François (coord.) *A ergonomia em busca dos seus princípios: debates epistemológicos*. São Paulo, Blücher, 2004.

60 LANCMAN, Selma & SZNELWAR, Laerte Idal (orgs). *Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. Rio de Janeiro/Brasília, Fiocruz/Paralelo 15, 2011.

demandas contraditórias e os diferentes modos operatórios, o que implica dar-lhes visibilidade, comunicar e prevenir ocorrências, deliberar acerca das melhores formas de atuação e de convivência, arbitrar conflitos. A cooperação ocorre tanto no plano horizontal, entre colegas, vertical, entre chefes e subordinados e transversal, com os usuários ou clientes.⁶¹ A cooperação é a força fundamental que mantém em pé uma comunidade de trabalho, além de ser uma mediação essencial entre a organização do trabalho e a autonomia e a saúde psíquica.

A instrumentalidade técnica do processo não está excluída dessa condição insuperável. Por mais que as regras processuais possibilitem técnicas de tutela jurisdicional adequadas a tutelar o direito material, o seu adequado e efetivo emprego é altamente dependente do trabalho humano e isto não se restringe apenas à atuação dos advogados, do juiz, do membro do ministério público. Estes desenvolvem seu trabalho mediados pelos respectivos *ethos* profissionais, que permitem construir o sentido de um trabalho bem feito. É em torno desse *ethos* que os sujeitos reais que atuam tecnicamente no exercício de um ofício organizam o sentido do seu fazer. Mas é fácil perceber que, além desses sujeitos típicos do processo, a melhor decisão de antecipação de uma tutela de remoção do ilícito na correção de situações de risco à saúde dos trabalhadores de uma grande obra de construção civil, por exemplo, pode resultar ineficaz ou desastrosa dependendo do zelo do oficial de justiça no cumprimento do mandado voltado à constatação do cumprimento. Da mesma forma, uma citação ou intimação essencial ao desenvolvimento processual depende do zelo do servidor ou do agente dos correios em suprir as informações sobre o paradeiro do notificando. Ou, ainda, o emprego dos recentes e eficientes meios de investigação patrimonial pelo acesso eletrônico a informações bancárias como o Bacenjud ou o SIMBA, cujo resultado em termos de efetivação da execução é altamente dependente da iniciativa e habilidade na busca e na correlação das informações. E o que dizer das conciliações, tão almejadas, que dependem da cooperação das habilidades e outros recursos empregados por conciliadores, advogados, partes e juiz?⁶² Ou da variável qualidade da investigação na tomada de depoimentos em audiência que depende da cooperação de todos os presentes? Ainda, veja-se a necessidade de cooperação entre graus de jurisdição e tribunais diversos para uma atuação jurisdicional em termos de integridade, com

61 DEJOURS, C. *Travail vivant. Vol. 2: Travail et émancipation*. Paris, Payot, 2009, p. 77-96.

62 Seria interessante refletir como essas habilidades são sempre corporais e antecedem a consciência sobre “como” de fato se alcançou uma conciliação num caso difícil.

igual consideração das decisões já tomadas e da singularidade dos casos.⁶³ Pode-se ainda citar a necessidade de cooperação do próprio Judiciário com diferentes instituições a fim de alcançar tanto os fins jurídicos como político e social da jurisdição.

Não é possível sequer sumariar, nos limites deste escrito, todos os desenvolvimentos que as ciências do trabalho, que estudam a relação das subjetividades em cooperação e conflito, trabalho e saúde, podem aportar para a compreensão do trabalho judicial como elemento central da instrumentalidade técnica do processo a fim de propiciar uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva (não só em termos endoprocessuais, mas também metaprocessuais). Porém, o aspecto fundamental que se quer ressaltar, primeiro, é a necessidade de sua consideração como tal. Se o trabalho humano é um elemento central da atuação técnica do processo, esta não pode ser compreendida apenas em sua dimensão instrumental e teleológica como quer Dinamarco que conceitua técnica processual como “a predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”⁶⁴. Atuação técnica é trabalho humano, com tudo que isto implica.

Isso nada mais é que um aprofundamento da arguta percepção da doutrina processual recente que toma “o processo civil como uma comunidade de trabalho”.⁶⁵ Não há processo judicial sem trabalho humano e esta categoria deve ocupar, aí, a sua devida importância. Há uma larga literatura sobre a dimensão cooperativa do processo, debate que agora põe sob holofote o art. 6º do novo CPC⁶⁶, que positiva o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo.⁶⁷ Não se ignoram os riscos em se pretender suprimir a diferenciação funcional entre a posição do juiz e das partes o que é só um aspecto da cooperação. Mas não é nesse nível da discussão que se pretende entrar. O que se visa é à percepção da centralidade, para o processo, da “comunidade de trabalho judicial”. Um coletivo

63 Aliás, o conceito dworkiniano de “chain of law” na construção do direito como integridade exhibe claramente essa dimensão de cooperação necessária.

64 DINAMARCO, *A instrumentalidade*, ob. cit., p. 275.

65 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; ob. cit., vol. 2, p. 71-74.

66 “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

67 ALVARO DE OLIVEIRA, C. A. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo” in *Revista da Ajuris* (90): 55/83. MITIDIERO, Daniel Francisco. “Colaboração no processo civil”. São Paulo: RT, 2009.

de trabalho baseado em regras formais, informais e tácitas, de natureza ética e técnica, integrada por todos os sujeitos reais do trabalho judicial, que precisam mobilizar seus recursos subjetivos e cooperar entre si – mesmo em situações de embate estratégico, comum ao trabalho e ao processo – enfrentando a resistência do real em suas dimensões objetiva, intersubjetiva e intrassubjetiva, a fim de dar conta da defasagem insuprimível entre as regras processuais e de organização judiciária e as vicissitudes variáveis das situações concretas de trabalho, para que a atuação jurisdicional se aproxime dos objetivos endoprocessuais e metaprocessuais almejados. É sintomático que a primeira conclusão sustentada por Bedaque é a de que “observadas determinadas premissas, está o juiz autorizado a flexibilizar a técnica processual”⁶⁸ o que nada mais é que a percepção da necessidade típica do mundo do trabalho do emprego de artimanhas⁶⁹ – *tricheries* – para um trabalho bem feito. Não só pelo juiz. Nenhum outro agente do trabalho judicial, esteja na posição do Estado, da parte ou de terceiro, é capaz de cumprir sua missão sem ir além das prescrições, inovando e subvertendo-as, inventivamente, muitas vezes. O comando constitucional que prescreve a busca da máxima efetividade na tutela dos direitos não se realiza apenas na interpretação das normas, mas em todo o conjunto de capacidades dedicadas à prática cotidiana do trabalho judicial, do qual o trabalho interpretativo é apenas uma parcela.⁷⁰

A compreensão adequada desse fato não está em opor dicotomicamente a ordem prescrita – a tarefa e a coordenação – à ordem real do trabalho – a atividade e a cooperação. Trata-se de perceber que essas duas esferas em tensão e conflito são inelimináveis, de modo que não é possível pensar o processo apenas do ponto de vista da “ordem técnica prescrita”.

68 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 575.

69 “Este termo é assim empregado para designar algumas ‘liberdades’ ou transgressões em relação à prescrição cujo objetivo é a execução da tarefa sem deixar de considerar as contradições da organização do trabalho. As artimanhas são comuns no trabalho, mesmo se revestem aspectos considerados como ‘clandestinos.’” MOLINIER, ob. cit., p. 142.

70 Precisas as palavras de Adriana Goulart de SENA: “o jurisdicionado não tem somente direito à técnica processual prevista na lei, mas sim a uma postura judicial que seja hábil, coesa e forte bastante para conformar a regra processual às necessidades do direito material diante dos casos concretos.” *Processo do trabalho: sonho, desejo e realidade*. In RENAULT, L. VIANA, M. CANTELLI, P. (Coord.) *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo, LTr, 2010, p. 281.

Se isto que mostram as ciências do trabalho é verdadeiro, é preciso ter-se ainda em conta que o trabalhar não é só atividade instrumental orientada a fins, mas é também realizar-se, enquanto pessoa, pelo trabalho. Por isso, diz Dejours, “la technique est à la fois acte de transformation du monde et acte de transformation du sujet.”⁷¹. Diversamente do que supõem Weber ou Habermas⁷², a PDT comprova que, no trabalho, não há *poësis* (racionalidade instrumental) sem *pathos* (racionalidade subjetiva) e sem *práxis* (racionalidade prático-moral). Toda comunidade de trabalho se estrutura segundo práticas e regras técnicas e éticas que “não são prescritas, mas são elaboradas e remanejadas no dia a dia pelo coletivo de trabalho. A atividade de produção de regras é a *atividade deôntica*”.⁷³ Tais práticas e regras, não ensinadas e muitas vezes ocultas, envolvem não só aspectos de bem produzir, como também éticos e de bem conviver, que se condensam em um *ethos* profissional. A doutrina jurídica nada mais é que um intenso esforço de racionalização do *ethos* profissional do trabalho jurídico, não só em termos técnicos, mas também éticos valorativos, ideológicos, etc..

Nessa dupla dimensão, coordenação-cooperação, estruturam-se, as condições necessárias para o trabalho coletivo e para algo essencial ao trabalho humano que é a dinâmica contribuição-reconhecimento. O trabalho é um mediador privilegiado da construção da identidade, pelo reconhecimento do outro sobre o próprio fazer. Não é possível aprofundar isto aqui, mas essas condições relativas à organização do trabalho, que impedem ou possibilitam a cooperação, a atividade deôntica de deliberação coletiva e o reconhecimento, envolvem, sobretudo, a possibilidade de uma contribuição efetiva por meio do trabalho bem feito, requisitos de visibilidade dos diferentes modos operatórios, de lealdade, de confiança e de espaços e tempos para que se possa falar e ouvir assim como uma prática cooperativa em relação à autoridade.

Tais condições organizacionais são, ao mesmo tempo, condições de eficácia do trabalho judicial – e por conseguinte do processo – e condições para que o trabalho possa, do ponto de vista dos sujeitos, ser o mediador para o melhor, em termos de autorrealização, saúde psíquica, aprendizado ético, participação comunitária na realização de uma obra comum com valor para a *polis*. Sem essas condi-

71 DEJOURS, ob. cit., p. 33.

72 HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. In Os Pensadores, vol. XLVIII. São Paulo, Abril Cultural 1975, p. 303-333.

73 MOLINIER, ob. cit., p. 131.

ções, o trabalho tende a gerar o pior, em termos de fragilização da subjetividade, adoecimento, desmobilização, alienação, cinismo, esvaziamento, com impacto direto sobre a qualidade e os resultados do trabalho processual.

2.2. Gestão judiciária e degradação do sentido do trabalho judicial

Pois bem. São justamente essas condições fundamentais, descritas pela Psicodinâmica do Trabalho, que vêm sendo degradadas por diversas das opções organizacionais adotadas pela onda gestionária que acompanha a reforma judiciária do último decênio, com desdobramentos sobre a saúde psíquica e a qualidade do trabalho. Estudos a respeito do progressivo aumento de adoecimentos psíquicos e mesmo de suicídios no local de trabalho, em diversos contextos, têm indicado correlações entre esses efeitos e a adoção de determinadas opções organizacionais potencialmente deletérias. Estratégias de gestão aparentemente inofensivas, como adoção de parâmetros objetivos de qualidade total e mecanismos de avaliação individualizada de desempenho, pouco permeáveis à variabilidade e vicissitudes do trabalho real e indutores de individualismo e concorrência entre colegas, assim como a utilização de modelos estatísticos de avaliação e alocação de recursos, normalmente associados a um discurso institucional que valoriza a gestão, os resultados e a competição, dissociam os critérios de avaliação dos valores éticos compartilhados pelos integrantes. Tais estratégias vêm sendo apontadas como medidas de impacto destrutivo sobre as condições organizacionais para a cooperação, a dinâmica contribuição-reconhecimento e as práticas deliberativas. Torna-se perceptível, com isso, o impacto deletério na subjetividade dos trabalhadores e a qualidade do trabalho, produzindo esvaziamento significativo e degradação moral, com grande potencial de risco sobre a saúde psíquica.⁷⁴

74 DEJOURS, Christophe. *Le choix*. Paris, Bayard, 2015. Idem. *Travail vivant. Vol. 2: Travail et émancipation*. Paris, Payot, 2009. Idem. *A avaliação do trabalho submetida à prova do real*. Cadernos de TTO, 2 - Org: Laerte Idal Sznelwar e Fausto Leopoldo Mascia. São Paulo: Blucher, 2008. DEJOURS, C. & BÈGUE, F. *Suicídio e trabalho: o que fazer*”. Brasília: Paralelo 15, 2010. DEJOURS, C. & GERNET I. Trabalho, subjetividade e confiança. In SZNELWAR, L. I. (org.). *Saúde dos bancários*. São Paulo, Publisher, 2011, p. 33-44. SZNELWAR, L.I. & PEREIRA, L. *Trajetórias de trabalhadores bancários – entre o sonho e o real do sofrimento patogênico*. In SZNELWAR, L. I. (org.). *Saúde dos bancários*. São Paulo, Publisher, 2011, p. 45-62.

No caso do Poder Judiciário, a preocupação com a racionalização e eficiência de sua administração ganhou corpo de forma contemporânea à difusão de tais modelos de gestão e avaliação do trabalho. Pautada por um conjunto diversificado de demandas, vem sendo implementada uma profunda transformação da cultura institucional, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça e demais conselhos superiores instituídos com a Emenda Constitucional 45/2004 e incorporada pelos tribunais de todo o país. Não se pretender, aqui, fazer qualquer julgamento de mérito sobre o conjunto global dessas transformações, que foram acompanhadas de relevantes mudanças legislativas no sentido de aprimorar as ferramentas processuais. O que agora importa ressaltar é como esse processo vem modificando especificamente os mecanismos de avaliação do trabalho e alocação de recursos no Poder Judiciário, com impacto sobre o sentido do trabalho de magistrados e servidores, sua identidade, *ethos* profissional, condições de cooperação e deliberação coletiva e sobre a relação entre o trabalho judicial e a subjetividade de seus integrantes.

Evidentemente que, à altura deste já alargado escrito, apenas algumas indicações podem ser mencionadas, apoiadas em recentes pesquisas.⁷⁵

Um primeiro aspecto, diz respeito à fixação injustificável, dessas políticas, nos números de demandas individuais e atos processuais realizados, para fins de avaliação do trabalho de juízes e de servidores, da definição de metas de desempenho dos tribunais, com efeitos determinantes sobre as decisões de alocação de recursos e do próprio discurso oferecido pelo Judiciário à sociedade, que muitas vezes reduz o sentido de sua atuação a esses números.

Nesse sentido, as metas de produtividade geridas pelo CNJ são substancialmente fixadas em torno do número de processos julgados em relação aos recebidos. Embora isso seja um aspecto relevante, a concentração das metas no número de processos julgados e estoque remanescente, sem que haja, ao mesmo tempo, qualquer indicador do impacto social e da qualidade desses julgamentos, degrada

75 SZNELWAR, L. I. *et alli*. *Trabalhar na magistratura: construção da subjetividade, saúde e desenvolvimento profissional*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2014. WANDELLI, L. V. & TAVARES, L. N. M (Coords.). *Impactos dos mecanismos de gestão e avaliação do trabalho judicial na subjetividade e saúde psíquica de servidores e magistrados: uma abordagem a partir da interface da psicodinâmica do trabalho com a ergonomia da atividade e análise organizacional*. Curitiba, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2015.

claramente o sentido do trabalho judicial em um eficientismo que não guarda relação com os valores e fins constitucionais do Judiciário.

Tomemos outro exemplo, a Resolução 63/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT. Esta normativa estabelece padrões quantitativos de alocação de estrutura de pessoal e funções comissionadas na Justiça do Trabalho baseados no número de demandas recebidas por ano, sem qualquer diferenciação. Por mais que seja louvável que se busque distribuir os recursos de forma mais igualitária e racional entre as diversas instâncias e unidades jurisdicionais, o que é o resultado mais visível dessa norma, é pouco percebido o silencioso deslocamento do sentido jurídico e ético do trabalho judicial, com impactos de monta sobre o *ethos* profissional, a subjetividade e saúde psíquica dos magistrados do trabalho que ela promove. De fato, a vinculação automática da quantidade de varas, servidores, juízes e funções ao número de demandas recebidas anualmente torna todos – magistrados, servidores e advogados - beneficiários diretos e dependentes da irracional fragmentação e pulverização de processos individualizados. Ao passo que o visionário art. 842 da CLT promove, desde 1943, a acumulação de reclamações de empregados da mesma empresa com identidade de matérias, em medida de evidente racionalização de recursos e efetividade, e após décadas de evolução da ciência processual e da legislação pátria no sentido de promover a coletivização do processo, sob a regra administrativa em questão é a multiplicação das demandas fragmentárias que se promove. A pena prevista para a não repetição das mesmas quantidades, mesmo que seja pela resolução dos problemas daquela comunidade ou pelo seu tratamento concentrado em demandas coletivas, é a extinção de cargos, funções e verbas orçamentárias.

Essa situação se agrava, com a adoção da Resolução 184/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que generalizou, para os demais ramos da Justiça, a alocação de recursos baseada no número de processos. Introduz-se, com ela, entre outros, os conceitos de “Índice de Produtividade Comparada da Justiça – IPC-Jus”, que mede o índice de “eficiência relativa” dos tribunais e de “Índice de Produtividade dos Magistrados - IPM” e o “Índice de Produtividade de Servidores – IPS”, medida pela divisão total dos processos baixados pelo número de magistrados e de servidores, respectivamente. Conforme o primeiro conceito, somente terão apreciados pelo CNJ seus anteprojetos de lei de criação de cargos, funções e unidades judiciárias os Tribunais que atingirem o intervalo de confiança mínimo de 95% em relação à produtividade média dos tribunais do mesmo ramo judiciário (art. 5º). Conforme o segundo conceito, uma vez cumprido o requisito anterior,

somente serão criados novos cargos que equivalham à manutenção do desempenho individual de magistrados e servidores, em termos de relação de número de processos baixados por magistrado/servidor no mínimo igual ao quartil de melhor desempenho em seu ramo da Justiça no último triênio, se o seu próprio não for superior (art. 6º). Da mesma forma, serão extintas as unidades cujo número de processos não atingir 50% da média de casos novos por magistrado no último triênio (art. 9º).

Esses critérios, primeiro, passam inteiramente ao largo de toda a imensa variabilidade de circunstâncias do trabalho, igualando processos complexos e simples e as condições de trabalho mais diversas. Tratam igualmente situações desiguais e, assim, alocam mal os recursos. Segundo, toda a possibilidade de criação de cargos, funções e unidades está dimensionada essencialmente no número de demandas e na sua extinção. Esta é a exata consubstanciação de tudo que se referiu criticamente até aqui em termos de redução dos conceitos de instrumentalidade e efetividade do processo em um eficientismo irracional baseado na solução numérica de demandas individuais como um fim em si mesmo. Toda a pressão institucional é tensionada, de uma parte, para a multiplicação de demandas. Quanto mais fragmentado melhor. No limite, ações coletivas, plúrimas e soluções pré-judiciais atentam contra os interesses dos tribunais em receber recursos e a supressão das ilegalidades correntes seria “matar a galinha dos ovos de ouro”. De outra parte, promove-se a mera extinção estatística de processos, sem qualquer vínculo com a qualidade da prestação jurisdicional do ponto de vista do trabalho judicial e do ponto de vista das partes e muito menos do ponto de vista da efetividade social. Um quadro weberiano de típica irracionalidade do racionalizado.

Contudo, esse quadro é ainda um tanto mais deletério. É que os mecanismos de avaliação individual do trabalho judicial, especialmente os critérios de merecimento para promoção e acesso, na medida em que também se pautam pelo número de atos processuais realizados, promovem a competição entre pares baseada em parâmetros que destoam dos valores cultivados pelos membros da instituição. Mesmo a capacitação técnica tem sido considerada do ponto de vista quantitativo do número de cursos e horas de formação. Veja-se, nesse sentido, a ainda vigente Resolução 106 do CNJ.⁷⁶ Sua aplicação, pelos tribunais, em certos casos intensifica

76 A Portaria 170, de 23/09/2013, do Presidente do CNJ, instituiu Grupo de Trabalho destinado a formular proposta para sua alteração, ainda em fase de desenvolvimento.

o seu aspecto reducionista.⁷⁷ Com isso, geram para os magistrados a contingência de ter de optar entre o abandono do mecanismo de reconhecimento institucional e a traição aos próprios valores para alcançar aquele reconhecimento. Produz-se, neste caso, aquilo que Dejours denomina de “sofrimento ético” de não poder “honrar a vida” pelo trabalho, traindo seus próprios valores. Um sofrimento altamente patogênico que deriva em cinismo destrutivo das condições para a cooperação e a deliberação coletiva.

Em especial, é o esvaziamento do sentido ético do fazer técnico do processo a principal consequência dessas medidas. A mensagem institucional incorporada a cada dia por juízes, servidores, advogados e terceiros é a de que o sentido do bem fazer é aquele que se exaure na preservação da justiça em números: o número de demandas recebidas e baixadas como finalidade em si, por pior que seja a qualidade do trabalho realizado e o resultado para a sociedade e para os próprios trabalhadores. Daí à manipulação estatística a distância não é longa. Os efeitos de desmobilização e risco de adoecimento que isso produz vêm sendo sensivelmente constatados.⁷⁸ Se se agrega a compreensão de que a mobilização do zelo e da cooperação são condições para a efetividade do trabalho judicial, tem-se claro que se trata de um eficientismo nada eficiente.

3. UM DETALHE À GUIA DE CONCLUSÃO: A INCONGRUÊNCIA ENTRE O MODELO DE GESTÃO JUDICIÁRIA E A OPÇÃO QUALITATIVA DO NOVO CPC PELO CULTIVO DO PRECEDENTE

É nesse contexto que entram as medidas formais e informais que promovem a adoção da jurisprudência dos tribunais, sumulada ou não, dentre elas a vinculação aos precedentes, focalizada pelo novo CPC como sua principal novidade em termos de estratégia de efetividade. O cultivo dos precedentes no novo Código é um esforço de normatizar algo que se concretiza no nível pragmático do cotidiano do trabalho

77 Assim é a Resolução Administrativa 35/2012 do TRT da 9ª Região, a partir da qual todos os critérios de merecimento recebem resultados padronizados ou automáticos, praticamente eliminando a apreciação dos desembargadores.

78 Cf. nota 72. Reflexões relevantes à luz do conceito de precarização do trabalho judicial encontram-se em ALVES, Giovanni (org.). *O trabalho do Juiz. Análise crítica do videodocumentário O Trabalho do Juiz*. Bauru, Canal6, 2014.

judicial, mediado por um *ethos* profissional. Depende, inclusive, de transformações importantes nesse *ethos*, uma vez que envolve modificações profundas na ideia, tão cara aos magistrados, de livre convicção individual. Ocorre que essa opção está em descompasso com as demais medidas de gestão judiciária em curso.

Não se duvida do potencial positivo do fortalecimento da prática vinculativa aos precedentes jurisprudenciais. A par buscar realizar justiça às partes do processo, à medida que casos iguais sejam julgados igualmente, trata-se de promover metaprocessualmente o sentido de unidade do sistema jurídico. Paga-se, é verdade, um preço por isso, em termos de maior restrição à evolução da jurisprudência e à liberdade criativa do juiz próximo ao caso. Também em termos do impacto – arriscado, sem dúvida – causado pela constrição para que o juiz julgue conforme entendimentos dos quais discorda. Não se deve negligenciar também que os tribunais tendem a expandir desmesuradamente a aplicação da *ratio decidendi* para casos diversos. Contudo, muitos avaliam que os benefícios superariam os malefícios e a doutrina corroborou intensamente a introdução dessa transformação.⁷⁹

Mas, para isso, o requisito indispensável está nas condições para o trabalho praticamente artesanal de identificação e elaboração da fundamentação das decisões frente à integridade do direito e a singularidade dos casos, apurando e explicitando as razões normativas e fáticas determinantes dos precedentes e a adequabilidade de um leque diversificado de precedentes diante das variáveis da situação singular sob exame.

Isto justamente porque a diferença entre impor a homogeneização das decisões em detrimento das singularidades dos casos e da consciência dos magistrados, engessando a jurisprudência e tratando igualmente casos desiguais, e o caráter produtivo da valorização dos precedentes como mecanismo de reforço à efetividade e integridade do direito é jogada no modo como, no nível do trabalho judicial, se vai construir essa novidade cultural em nosso meio. Identificação da *ratio decidendi* dos precedentes, reconstrução da situação concreta em análise e avaliação do grau de relevância dos diversos precedentes para a situação atual, *distinguishing* e *overruling*, são procedimentos necessários ao cultivo da autoridade

79 FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 2011. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

dos precedentes e de promoção da integridade do direito mas que são pouco afetos à repetição mecânica de decisões anteriores cuja adoção se impõe por constrangimentos sistêmicos. É, ao revés, um proceder que exige sensibilidade, atenção, valorização das diferenças, conhecimento e... tempo!

A nossa tradição, porém, de aplicação de súmulas desconectadas do contexto dos precedentes em que surgiram, qual verdadeiro “leito de procusto”, crescentemente intensificada, nada tem que ver com o modo próprio de cultivo dos precedentes e mais se assemelha à repetição industrial de decisões pré-moldadas. Transformar essa tradição seria uma operação delicada, mas possível. Ocorre que, diante da alternativa de trabalhar os precedentes de um ou outro modo, as opções gestonárias acima descritas parecem fazer pender a balança para a segunda alternativa. Não a “arte do precedente” que pode, sob certas condições, fortalecer o *ethos* judicial, mas o culto à repetição e às estatísticas. Os constrangimentos sistêmicos vão todos rumo à desconsideração das diferenças e do bloqueio ao *overruling*. Mas quem faz esse trabalho percebe o déficit de qualidade e de justiça e carrega consigo o peso e as graves consequências de violar os valores que dão sentido ao seu trabalho. O modelo ora disseminado de gestão judiciária, na medida em que promove a industrialização das decisões, a desvalorização do sentido ético do trabalho judicial e a indistinção qualitativa dos casos, está na contramão da ética dos precedentes.

Uma indústria não é, certamente, um bom modelo para a Justiça. Contudo, a onda de industrialização das decisões judiciais ora em curso sequer se pauta pelos métodos industriais mais atuais da especialização flexível. Trata-se de promover a produtividade massiva e numérica de resolução de processos pela sigam os padrões das matérias já decididos pelos tribunais superiores, na forma de um anacrônico modelo taylorista, baseado no controle *pari passu* dos atos e tempos dos trabalhadores do processo e na contabilização irracional de *scores* numéricos, apenas potencializado pelas tecnologias de controle eletrônico.⁸⁰

São considerações que o levar-se a sério o trabalho judicial, como um elemento incontornável do processo, à luz das ciências clínicas do trabalho, coloca, hoje, à ciência processual.

80 Sobre a prioridade do controle dos atos sobre afetividade do Processo Judicial Eletrônico – PJ-e, ver GUSMÃO, Bráulio Gabriel. *A concretização dos direitos fundamentais e o processo judicial em meio eletrônico: uma abordagem crítica*. Curitiba, UniBrasil (Dissertação de mestrado em Direito), 2014.

EM BENEFÍCIO DE UMA CATEGORIA OU DE UM GRUPO DE FILIADOS? A EXTENSÃO DA COISA JULGADA DAS SENTENÇAS QUE TUTELAM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE TRABALHADORES⁸¹

Camila Sailer Rafanhim de Borba⁸²

1. INTRODUÇÃO

A legislação brasileira conferiu legitimidade a diversos entes (associações, sindicatos, Ministério Público, entre outros) para a propositura de ações para a tutela coletiva não só dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, como também, dos direitos individuais homogêneos, ou acidentalmente coletivos.

Estas ações, denominadas ações civis coletivas, são de extrema importância, pois garantem uma prestação jurisdicional mais justa. Isto por evitarem a proliferação de diversas sentenças individuais acerca do mesmo assunto, algumas vezes conflitantes, bem como possibilitarem uma prestação jurisdicional mais eficaz. Ao invés de incentivar a propositura de inúmeras ações individuais, permitem a

81 Trabalho originalmente apresentado no I Congreso Iberoamericano De Relaciones Laborales Y Recursos Humanos, na Universidad de Sevilla em 29 de janeiro de 2016.

82 Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL), Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacelar, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho e Regulação no Estado Constitucional”. Professora na Graduação em Direito das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Membro da Comissão de Direito Sindical da OAB/PR. Advogada, sócia fundadora do Escritório Rafanhim e Borba Advocacia, integrante da assessoria jurídica do Sindicato dos Servidores Públicos do Magistério Municipal de Araucária (Sismmar). Contato: camilarafanhim.adv@gmail.com.

propositura de uma única ação coletiva que beneficie todos os interessados, sem, contudo, prejudicá-los em caso de improcedência. Além disso, possibilitam a judicialização de direitos trabalhistas sem que os trabalhadores se exponham como litigantes frente ao empregador, pois, se assim o fizessem, possivelmente seriam objeto de despedida imotivada ou de qualquer outro tipo de represália.

O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da coisa julgada destas demandas judiciais coletivas, estabeleceu que a coisa julgada das ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos seria *erga omnes* no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (Art. 103).

Apesar disso, na prática judiciária não há consenso sobre a extensão dos efeitos desta coisa julgada quando se trata de demanda proposta por sindicato obreiro para defender direitos individuais homogêneos dos trabalhadores.

Vários Tribunais estaduais tem decidido no sentido de estender os efeitos da sentença coletiva a todos aqueles trabalhadores integrantes da categoria defendida pelo sindicato, que tenham sofrido o dano objeto da demanda. Há julgados, por exemplo, no Tribunal de Minas Gerais⁸³, do Rio Grande do Sul⁸⁴, do Maranhão⁸⁵ e do Paraná⁸⁶.

83 APELAÇÃO CÍVEL - SINDICATO - LEGITIMIDADE - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA - FILIADOS EM GOZO DE LICENÇA SAÚDE - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. O art. 8.º, III, da Constituição assegura ao Sindicato a possibilidade de substituição processual ampla e irrestrita para agir no interesse de toda a categoria, bem como legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. Caracterizada a natureza individual homogênea dos direitos postulados, nos termos do art. 81, III, do CDC, legítima é a atuação do Sindicato autor. (TJ-MG - AC: 10024102444924001 MG, Relator: Fernando Caldeira Brant, Data de Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/04/2014)

84 AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PROPOSTA POR AMAPERGS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. DESNECESSIDADE DE FILIAÇÃO AO SINDICATO. (...) (TJ-RS Agravo de Instrumento Nº 70055875496, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 23/09/2013).

85 AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. MILITAR NÃO FILIADO. LEGITIMIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...) (AgRg no AREsp 446.652/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 27/03/2014). 2. Agravo regimental desprovido. (TJ-MA, Relator: KLEBER COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 07/08/2014, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

86 APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA

No entanto, há juízes que ainda decidem em sentido diverso, afirmando que, quando não se tratar de ação civil pública, a coisa julgada deve se estender apenas àqueles filiados ao Sindicato autor no momento da propositura da demanda⁸⁷.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, embora atualmente reconheça a extensão dos efeitos da sentença a todos os integrantes da categoria⁸⁸, independentemente de filiação prévia, já teve entendimento diverso. Isto ocorreu, por exemplo, no julgamento do REsp 672.726/RS, de 27 de outubro de 2004⁸⁹, no qual se declarou que, em virtude de ter o sindicato autor juntado à petição inicial um rol de filiados, tratava-se de atuação na espécie de representação dos constantes daquele rol e não de toda a categoria, como ocorreria, de acordo com o julgado, se o caso fosse de ação civil pública.

Portanto, o que se percebe é que ainda há, no contexto jurisprudencial, divergências acerca da amplitude da coisa julgada das sentenças de procedência em ações propostas por sindicatos de trabalhadores (da iniciativa privada ou do serviço público) para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Para se chegar a uma resposta adequada para este problema, ou, ao menos, para aprofundar a análise e contribuir com o debate, se tratará, inicialmente, da

- SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO SINDICATO DE CLASSE - LEGITIMIDADE ATIVA DE INTEGRANTE DA CATEGORIA NÃO FILIADO AO SINDICATO - PRECEDENTES DO STJ. (...) (AgRg no AREsp 232468/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA).

87 É o que se vê, por exemplo, na sentença monocrática proferida nos autos de n.º 0005674-77.2011.8.16.0025, ação proposta pelo Sindicato dos Servidores Públicos do Magistério Municipal de Araucária, que tramitou junto à 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Regional de Araucária, na comarca da região metropolitana de Curitiba, no Paraná. Naqueles autos, a despeito do entendimento diverso que já se demonstrou estar sendo adotado pelo Tribunal de Justiça do mesmo estado, restringiu-se os efeitos da sentença de procedência àqueles trabalhadores que estivessem filiados ao sindicato autor no momento da propositura da demanda.

88 Como, por exemplo, nos seguintes julgados: RMS 45.215/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015; AgRg no REsp 1423791/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/03/2015; AgRg no AREsp 454.098/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 09/10/2014; entre outros.

89 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SINDICATO PLEITEANDO DIREITO DE FILIADOS RELACIONADOS. HIPÓTESE DE REPRESENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO COLETIVO ENVOLVIDO NA DEMANDA. NÃO SUBSUNÇÃO DA AÇÃO À LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA INTER PARTES. ISENÇÃO DE CUSTAS. INADMISSIBILIDADE. (...) (REsp 672.726/RS, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 343)

sistemática da tutela jurisdicional coletiva no direito brasileiro, analisando, inclusive, seu especial regime da coisa julgada.

A seguir, tratar-se-á da legitimidade ativa dos sindicatos no direito brasileiro, procurando enxergá-la de forma coerente com o próprio regime sindical brasileiro e com a natureza das relações trabalhistas.

Diante destas colocações é que, então, se buscará responder à pergunta sobre qual deve ser a amplitude da coisa julgada nas demandas coletivas propostas por sindicatos em defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, se estarão os efeitos de sua sentença restritos aos filiados ao sindicato ou se alcançarão toda a categoria por ele defendida, independentemente de filiação prévia.

Buscar-se-á, ademais, uma resposta de acordo com o direito brasileiro e com os princípios fundantes do direito processual coletivo, mas principalmente com a realidade das relações trabalhistas e do direito coletivo do trabalho no país.

2. A TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO BRASILEIRO

O Poder Judiciário é expressão do poder estatal na função de heterotutela, a função jurisdicional. Por isso, é denominado de Jurisdição, que constitui um dos institutos fundamentais da Ciência do Direito Processual, tendo sido conceituado pelos mais diversos doutrinadores⁹⁰ Mas a maioria destes conceitos “bebeu na mesma fonte” (MARINONI, 2005, p. 16), a fonte do liberalismo, do Estado Legislativo de Direito, antecessor do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Tratava-se de um Estado em que o juiz atuava como “boca da lei”, sem preocupação acerca da compatibilidade do conteúdo do texto legal com qualquer outro diploma, sequer com uma Carta Constitucional. Consistia numa atuação do Estado-juiz que interferisse o mínimo possível na relação entre as partes, e menos ainda que atingisse terceiros não integrantes do processo.

90 Como pelos tradicionais Giuseppe CHIOVENDA, que definiu jurisdição como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”. (CHIOVENDA, 1998, p. 8) E Francesco CARNELUTTI, que afirmou se tratar da função que objetiva a justa composição da lide. (CARNELUTTI, 1999, p. 82-83 e 93).

Contudo, com o movimento de constitucionalização do Direito, que teve como pressuposto a ideia de supremacia da Constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico, também o direito processual foi atingido pela impregnação dos princípios constitucionais e teve alterados seus pilares, como é o conceito de Jurisdição e da finalidade do processo.

No Estado Constitucional de Direito, a finalidade da jurisdição vai muito além da atuação da vontade concreta da lei ou da solução da lide, tendo estas apenas como consequências. A Jurisdição, agora, deve atuar no sentido de serem “os direitos (...) efetivamente tutelados (ou executados)” (MARINONI, 2005, p. 83), tudo em conformidade com a Carta Magna.

Este é um Estado que “repudia a filosofia política dos “fins limitados do Estado””(RANGEL DINAMARCO, Cândido, 2001, p. 31), o liberalismo político. É um Estado “declaradamente intervencionista”(RANGEL DINAMARCO, 2001, p. 31), no qual o processo deve ser visto como “o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*”(MARINONI, 2006a, p. 305),

Para tanto, é evidente a necessidade de técnicas e atividades que vão muito além daquelas do processo civil tradicional de resolver conflitos entre duas partes. Isto porque, seja para a corrente da instrumentatidade de DINAMARCO, que em seu aspecto positivo, engloba: “a) a admissão em juízo; b) o modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade”(RANGEL DINAMARCO, 2001, p. 273), seja para o formalismo-valorativo, teorizado, por exemplo, por Daniel MITIDIERO, o qual defende uma nova visão do processo, por meio da constitucionalização e impregnação deste com valores constitucionais, é necessária uma nova visão do processo civil, para que atenda ao seu objetivo de concretizar o direito material.

Por conta desta visão constitucionalizada do direito processual, no Brasil, esta preocupação com as finalidades atingidas pelo processo se aprofundou ainda mais nas últimas décadas. Como resultado da constitucionalização de todos os ramos do Direito e, em especial, da redemocratização do país e da promulgação da Constituição de 1988, houve o surgimento de “novos direitos”. Além disso, aumentando-se o conhecimento das pessoas acerca de seus direitos, seguiu-se um aumento na litigiosidade e, conseqüentemente, a incapacidade do Poder Judiciário de atender a todas as demandas adequada e efetivamente.

Percebeu-se que o sistema jurídico e, em especial, o direito processual tradicional, seja no âmbito civil ou trabalhista, não era suficiente para responder às

demandas dos jurisdicionados, para efetivar direitos, muito menos para verdadeiramente entregar justiça.

Isto porque, conforme CAPPELLETTI e GARTH, o acesso à justiça vai muito além da possibilidade de buscar o Poder Judiciário, mas inclui obter dele uma solução justa, adequada e efetiva, em um prazo também razoável. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69).

Assim, além da ineficácia decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional, outros fatores levaram a uma profunda alteração na forma de enxergar o processo, como a existência de direitos de titularidade coletiva ou de violações em massa, que exigem novos instrumentos de tutela.

São direitos marcados substancialmente pela indivisibilidade, vez que “não podem ser satisfeitos ou lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”(ALBINO ZAVASCKI, 2006, p. 45), e, portanto, “frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis”.(CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 69).

Isto porque, decorrência do caráter instrumental do processo é sua relação de interdependência com o direito material e com suas necessidades, bem como o objetivo das diferentes espécies de tutelas o de “dar conta destas necessidades. É neste sentido que se diz que os direitos têm necessidade de várias tutelas. (...) é preciso encontrar, no plano do direito processual, técnicas processuais que viabilizem a sua efetiva concessão.”(MARINONI, 2006b, p. 117).

O direito processual, tradicionalmente, é um âmbito “sociologicamente empobrecido”, pois, como explica Owen FISS, é (ou, talvez, era) um âmbito no qual “grupos sociais tais como internos de um presídio ou pacientes de um hospital não têm lugar (...), no âmbito dessa história, o mundo é composto exclusivamente por indivíduos”(FISS, 2004, p. 108-109).

Assim, diante da incapacidade do “processo individual – a lide individual – (...) de atender às necessidades atuais, que exigem meios mais eficazes para solução de conflitos de massa” e da constatação de que “o processo clássico – idealizado sob o impacto dos princípios liberais do individualismo – que norteou as codificações do século XIX não se presta à solução concreta dos conflitos coletivos” (BATISTA MARTINS CESAR, 2013, p. 67), a resposta do Direito Processual a esta nova necessidade material foi a tutela coletiva de direitos, internacionalmente conhecida principalmente por instrumentos como os do Direito Estadunidense (em especial as *class action*), e que também serviu de inspiração para o Direito Brasileiro.

Há um incremento da legislação brasileira que dispõe sobre instrumentos de tutela coletiva, principalmente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito antes disso, entretanto, o ordenamento pátrio já previa algumas figuras, que hoje integram o chamado direito processual coletivo.

O instituto da ação popular, por exemplo, foi primeiramente previsto na Constituição Federal de 1934, tendo sido repetido pela maioria das constituições posteriores, mas só foi regulamentada em 1964, com a Lei n.º 4.717/64.

Posteriormente, em 1985, surge a Lei n.º 7.347/85, que institui a ação civil pública. Adiante, foram editadas outras leis que regulam ações civis públicas especificamente para defesa de algum direito específico ou parcela da população. Em 1990, finalmente, foi promulgada a Lei n.º 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que regula amplamente a tutela jurisdicional coletiva, não apenas no âmbito consumerista, mas em outros ramos, como no trabalhista.

Além de simplesmente reconhecer a possibilidade de ações coletivas, o referido Código trouxe definições das espécies de direitos coletivos *lato sensu* e tratou de matérias processuais. Regulamentou a legitimação ativa para as ações coletivas, disciplinou os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas e criou a modalidade de ação que é apenas artificialmente coletiva, por se voltar à defesa de direitos individuais em sua essência, mas que foram chamados de “individuais homogêneos”.

Atualmente, este conjunto de leis, em especial a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, por força do disposto no art. 90 do Código consumerista, é que rege a tutela coletiva de direitos no Brasil. É de se destacar a característica citada do Código de Defesa do Consumidor (CDC) de elencar os direitos tuteláveis pela via coletiva, incluindo, entre eles, além dos difusos e dos coletivos em sentido estrito, os individuais homogêneos. Cabe, então, verificar em que consiste cada uma destas espécies de direitos tuteláveis coletivamente.

O CDC, em seu art. 81, parágrafo único, fala em tutela coletiva e busca conceituar os direitos passíveis de defesa por este instrumento. No inciso I, prevê como direitos ou interesses difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São, assim, nitidamente coletivos, ou transindividuais, marcados pela indeterminabilidade de seus titulares, e, ainda, de acordo com HERMAN V. BENJAMIN, pela “comunialidade do bem objeto da tutela”, afirmando o autor que “os benefícios são fruídos pelo grupo de forma coletiva e não exclusiva”, ou seja, “a exclusão de

um membro implicaria a exclusão de todo o grupo” (HERMAN V. BENJAMIN, 2010, p. 1301).

No inciso II mesmo dispositivo, trata-se dos direitos coletivos, chamados de direitos coletivos *stricto sensu*, uma vez que, em sentido *lato*, também os direitos difusos podem ser classificados como direitos coletivos.

Os direitos coletivos *stricto sensu*, de acordo com o CDC, são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Quanto à natureza destes direitos, tal qual ocorre em relação aos direitos difusos, o CDC explicitamente os caracteriza como direitos “transindividuais”, portanto, coletivos *lato sensu*. Os titulares destes direitos são integrantes de determinado grupo, categoria ou classe, por terem uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária.

Mas, além destes direitos, cuja defesa em juízo é absolutamente incompatível com o processo individual tradicional, em razão de não terem como titular uma única pessoa ou um grupo determinado de pessoas e de serem indivisíveis, o Código de Defesa do Consumidor alargou o rol de possibilidades de utilização destes instrumentos, na medida em que não fala apenas em defesa de direitos coletivos, mas, sim, na “defesa coletiva” de direitos.

Em razão disso, além dos direitos verdadeiramente coletivos, o legislador respondeu às demandas da realidade fática com instrumentos mais adequados também para a tutela dos direitos e interesses ditos de massa, os direitos ou interesses individuais homogêneos. Estes, apesar de essencialmente individuais, têm características e repercussões que justificam tratamento e tutela coletivos.

O CDC, no inciso III do 81, parágrafo único, conceitua os direitos individuais homogêneos como “os decorrentes de origem comum”, omitindo a expressão “transindividuais”, utilizada quando se tratou dos direitos difusos e coletivos (em sentido estrito). BARBOSA MOREIRA, já em 1984, ao falar dos direitos individuais homogêneos, cunhou expressão que vem sendo repetida até os dias de hoje, afirmando serem direitos “acidentalmente coletivos”, em contraposição aos “essencialmente coletivos” que seriam os difusos e os coletivos *stricto sensu*. (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 193-197)

Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais. Por isso, podem ser objeto de lesão a apenas alguns de seus titulares sem prejudicar os demais. A tutela coletiva destes direitos não os transforma em coletivos ou transindividuais,

mas é, apenas, um instrumento que visa a facilitar e tornar mais efetiva sua proteção em juízo. (ALBINO ZAVASCKI, 2006, p. 43).

As diferenças entre cada uma destas categorias (direitos coletivos em sentido lato e direitos individuais tutelados coletivamente) não são verdadeiramente de direito material, não havendo “informação do direito material que possa determinar a criação de uma nova categoria de direitos substanciais”(CRUZ ARENHART, 2013, p. 133). Diante disso, resta ao plano processual suas distinções.

Por esta razão, NERY JUNIOR reputa errônea a tentativa de classificar estes direitos segundo matéria genérica. Sustenta que “o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o *tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe* a competente ação judicial. Ou seja, o *tipo de pretensão que se deduz em juízo*”(NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2002, p. 125). Neste sentido, também FREIRE PIMENTA e SORAGGI FERNANDES afirmam ser este o critério mais adequado, “uma vez que um mesmo fato pode dar origem aos três tipos de direitos, de acordo com a formulação do pedido”(FREIRE PIMENTA; SORAGGI FERNANDES, 2010, p. 293).

Como explica CRUZ ARENHART, “a caracterização de um interesse como individual homogêneo (...) está ligada, *exclusivamente*, a questões processuais, ou seja, a maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único”(CRUZ ARENHART, 2013, p. 42).

Trata-se, portanto, de direitos que são individuais e, assim, poderiam ser tutelados individualmente por cada um dos seus titulares lesados. Porém, buscando a eficácia e utilidade da prestação jurisdicional, possibilita-se a tutela de forma coletiva. Ou, como explica Remo CAPONI, “a tutela de interesses, na realidade, individuais, mas que tem seu caráter coletivo no fato de encontrar semelhanças com mais sujeitos (...), onde a tutela coletiva designa a tutela de uma pluralidade de direitos individuais que protegem interesses homogêneos”.(CAPONI, 2009, p 129,139).

Assim, pode-se dizer que a tutela coletiva, no direito brasileiro, é cabível em duas situações. A primeira delas quando se tratar de direitos substancialmente coletivos, os direitos difusos e coletivos em sentido estrito, cujo objeto é por natureza indivisível, o que DONZELLI chama de “*giudizi collettivi in senso proprio*” (DONZELLI, 2008, p. p. 421), ou seja, juízo ou tutela coletiva em sentido próprio. A segunda é a tutela coletiva de direitos substancialmente individuais, chamada por DONZELLI de “*giudizi collettivi impropri*” ou “*azioni collettive improprie*” (DONZELLI, 2008, p. p. 424), justamente o âmbito desta investigação.

Ainda, CRUZ ARENHART explica que a tutela coletiva de direitos individuais, assim como sua tutela individual tradicional, fundamenta-se no chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, exposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Por isso, o autor alerta que “além de impedir que o Estado crie óbices à tutela dos direitos reconhecidos, a garantia em comento exige a concepção de instrumentos hábeis a lidar, *de maneira completa*, com estes interesses.”(CRUZ ARENHART, 2013, p. 290).

Assim, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, consiste em “opção de política legislativa”, de concretização dos mandamentos constitucionais, de técnica que “colima o alcance da economia processual e da efetividade do processo, evitar o conflito lógico de julgados em situações absolutamente similares e permitir a imprescindível implementação do acesso à justiça”. (BARROS LEONEL, 2002, p. 108). De acordo com BATISTA MARTINS CESAR, “é uma forma de democratizar o acesso à justiça, considerando-se que pequenas lesões, individualmente consideradas, podem ser reparadas coletivamente. De outra forma, dificilmente os lesados pleiteariam seus direitos”. (BATISTA MARTINS CESAR, 2013, p. 85).

É a resposta que a justiça dá a uma sociedade de massa, cuja produção, o consumo e até mesmo a conflituosidade são massificados, causando, conseqüentemente, «um desrespeito generalizado, repetitivo e padronizado aos direitos dos trabalhadores» (FREIRE PIMENTA; SORAGGI FERNANDES, 2010, p. 290), de modo que, conforme FREIRE PIMENTA e SORAGGI FERNANDES, «nada mais lógico que a Justiça Trabalhista, responsável direta pela efetividade de tais direitos, comece a agir também de maneira coletiva»(FREIRE PIMENTA; SORAGGI FERNANDES, 2010, p. 290).

Isto porque, no caso dos interesses de massa, inclusive quando se trata de interesses de grupos de trabalhadores ou de categorias profissionais, a tutela coletiva apresenta vantagens inegáveis na busca pela concretização dos valores constitucionais.

Antônio GIDI, ao tratar dos objetivos e vantagens da tutela coletiva, afirma serem sintetizados em três grandes grupos: “visam promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material” (GIDI, 2007, p. 25).

Quanto ao primeiro destes grupos, GIDI sustenta que a eficiência e a economia processuais constituem objetivo imediato das ações coletivas, “ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva”(GIDI, 2007, p. 25-26).

No mesmo sentido, SORAGGI FERNANDES aponta para a vantagem do ponto de vista de administração da justiça ao expor que “a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva e de seu eficaz processamento evitará a multiplicidade de demandas com o mesmo objeto e atenuará o risco de prolação de decisões judiciais contraditórias em relação a uma mesma situação fático-jurídica”. (SORAGGI FERNANDES, 2009, p. 109).

No segundo grupo de objetivos, GIDI insere o acesso à justiça, na medida em que as ações coletivas permitem a judicialização de “pretensões que, de outra forma, dificilmente poderiam ser tuteladas pelo Judiciário”. (GIDI, 2007, p. 29) Seja em situações cujo valor do dano, individualmente causado, é pequeno demais para incentivar cada lesado a buscar seu ressarcimento, seja para “tutelar os interesses de pessoas temerosas de enfrentar diretamente o responsável pela conduta ilícita, com receio de represálias ou porque mantêm com ele uma relação que não querem ou não podem interromper”. (GIDI, 2007, p. 31)

Este último caso é exatamente o que ocorre no âmbito da judicialização de direitos trabalhistas, evidenciando a utilidade da tutela na forma coletiva de direitos individuais, mesmo quando os valores devidos são expressivos, e, por isso, em tese, comportariam a judicialização na forma individual. Isto por conta de todas as características da relação de trabalho, em que o medo de perder o emprego, sua fonte de sustento, mas, principalmente, a relação de poder aí consubstanciada levam o trabalhador a nunca buscar o Poder Judiciário para pleitear seus direitos durante a vigência do contrato de trabalho, e a nem sempre buscá-lo após o término do contrato. (MALLET, 2010, p. 13)

Neste sentido, VIEIRA WANDELLI relaciona a possibilidade jurídica de livre despedida como inviabilizadora da defesa de direitos pelo trabalhador (VIEIRA WANDELLI, 2004, p. 419). Aponta que, por serem contrárias ao direito de ação do trabalhador, e, assim, afrontarem o direito fundamental de acesso à justiça, “práticas de represália ou coibição ao exercício do direito de ação, ainda que mediante o manejo de direitos do empregador, como o de contratar, despedir ou promover, são inadmissíveis ante o sistema jurídico brasileiro”. (VIEIRA WANDELLI, 2004, p. 421) Diante disto, além da punição pela despedida discriminatória nestes casos, como sugere o autor, é de se fomentar instrumentos preventivos desta discriminação, como é o caso da tutela processual coletiva de direitos trabalhistas.

Neste sentido, RODRIGUES DE CARVALHO aponta para o fato de a “sistemática processual ainda (...) de cunho essencialmente individual” (RODRIGUES DE CARVALHO, 2013, p. 421), inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho, con-

tribuir para o descumprimento e a não concretização dos direitos fundamentais sociais, justamente por inviabilizar sua judicialização na vigência do vínculo empregatício.

Da mesma forma, ainda que o trabalhador leve seu direito ao Judiciário individualmente após o término da relação empregatícia, terá grande parte de seus créditos atingida pela prescrição. Este é mais um argumento para o fortalecimento do processo coletivo neste âmbito, pois permite interromper a prescrição e possibilitar o reconhecimento e a efetivação de direitos trabalhistas mesmo na constância do contrato de trabalho.

Deste modo, fica evidente que a pequena utilização da tutela coletiva ou mesmo sua pouca efetividade prática, que pode decorrer justamente de uma visão errônea acerca da amplitude da coisa julgada das sentenças coletivas, podem colaborar com o descumprimento de direitos trabalhistas. Se depender apenas da tutela individual, o trabalhador não poderá ver ressarcidos todos os direitos que lhe foram lesados durante anos.

Assim, não restam dúvidas acerca da grande utilidade da tutela coletiva de direitos individuais na esfera trabalhista, da sua aptidão a “racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional” (CRUZ ARENHART, 2013, p. 126) e facilitar a proteção, pelo Poder Judiciário, de direitos trabalhistas não só após o término das relações empregatícias, mas, também, na sua constância.

Cabe, então, a análise do regime da coisa julgada deste tipo de tutela e de sua compatibilidade com a realidade da tutela coletiva de direitos trabalhistas no Brasil.

3. A COISA JULGADA DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

O regime da litispendência e da coisa julgada no processo coletivo se diferencia daquele do processo civil tradicional e se trata de ponto cuja análise é necessariamente precedente às conclusões desta pesquisa.

Várias das diferenças substanciais entre a tutela coletiva, prevista no Código de Defesa do Consumidor, e a tutela individual do Código de Processo Civil ou mesmo da Consolidação das Leis Trabalhistas, tratando-se de conflitos por ela regidos, dizem respeito em especial à sentença e seus efeitos.

Quanto à configuração de identidade de ações, ou seja, quanto à litispendência e à coisa julgada material, que diz respeito diretamente aos efeitos da sentença de mérito, o CDC traz uma regulação diversa da tradicional. Diferentemente do processo civil individual, no qual a coisa julgada não atingirá quem não tenha sido parte no processo, o CDC, para a tutela coletiva, traz uma regulação diversa para cada espécie de direito tutelado.

Em se tratando de sentença que tenha por objeto direitos difusos, a coisa julgada será *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Se o objeto for direitos coletivos em sentido estrito, a coisa julgada será *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas. E, por fim, se tratando de direitos individuais homogêneos, o objeto do presente estudo, a coisa julgada será *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Contudo, em todos estes casos, o Código ressalvou os interesses e direitos individuais de cada uma das vítimas, as quais poderão propor ações individuais no caso de improcedência da ação coletiva.

Em apertada síntese, portanto, pode-se estabelecer que a coisa julgada, nas demandas coletivas, nunca será para prejudicar os indivíduos que dela não tenham participado ativamente, mas apenas para beneficiá-los. Assim, qualquer sentença de improcedência, ainda que possa fazer coisa julgada em relação a outra demanda igualmente coletiva, não impedirá a propositura de ação individual com idêntico objeto.

Logo, em caso de procedência da demanda coletiva, seja em defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, o resultado favorável alcançará todas as vítimas que poderiam se beneficiar dele. Assim, os que propuseram ações individuais (desde que, após noticiada, nos autos, a existência da ação coletiva, tenham requerido a suspensão de seu processo individual até o julgamento do coletivo), terão transportado, para suas demandas, a sentença de procedência da demanda coletiva. Como também aqueles que nunca propuseram ações individuais, nem mesmo manifestaram concordância com a propositura ou tomaram conhecimento da existência de demanda coletiva, poderão executar, em seu favor, a sentença coletiva que reconhece o dever de indenizar, de forma genérica. Apesar disso, a sentença de improcedência não prejudica os indivíduos, que poderão ainda propor suas demandas individuais.

Fica claro, portanto, que a legislação brasileira, em se tratando de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos (ou de massa), estende a coisa julgada da

sentença de procedência a todos aqueles indivíduos que tiverem sofrido a lesão que se busca afastar. Ademais, permite sua execução por todos eles, não estabelecendo qualquer restrição ou necessidade de prévia vinculação ao ente que propôs a ação, àquele que atuou como representante ideológico daquele grupo de pessoas.

4. A LEGITIMIDADE ATIVA PARA AÇÕES COLETIVAS, A NATUREZA DOS CONFLITOS TRABALHISTAS E O REGIME SINDICAL BRASILEIRO

Igualmente relevante para o presente é a análise da legitimidade ativa nas ações coletivas, ou seja, acerca dos entes autorizados por lei a buscar a tutela coletiva dos direitos trabalhistas e, em especial, desta legitimidade concedida aos sindicatos obreiros e sua extensão.

A legitimidade ativa no campo do direito processual coletivo é distinta daquela do direito processual civil individual, de modo que não é segundo os critérios daquela que deve ser esta analisada. No caso da ação civil coletiva regulada, preponderantemente, pelo Código de Defesa do Consumidor, este diploma traz um rol de legitimados ativos, no qual não está presente o indivíduo que faça parte do grupo ou categoria lesado.

Os legitimados ativos para a propositura de ação civil coletiva objeto do presente trabalho, no atual sistema brasileiro, são apenas os entes coletivos, os “demandantes ideológicos”. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55). Entre eles estão entes públicos e os chamados corpos intermediários, que não são nem públicos nem totalmente particulares, como é o caso das associações e dos sindicatos. Para as associações, o legislador determina que sejam “legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

É possível compreender, na previsão de legitimação ativa às associações de acordo com suas finalidades estatutárias, também os sindicatos, que objetivam a defesa dos direitos dos trabalhadores de determinadas categorias e cuja legitimação está expressa no art. 8º, III, da Constituição Federal.

Esta legitimação ativa se deve ao fato de que as associações de classe e sindicatos são *representantes ideológicos* dos interesses de uma categoria.

Contudo, em especial no tocante à atuação dos sindicatos como autores de ações civis coletivas na justiça do trabalho, a história tem sido de muitos obstáculos.

A Constituição Federal já previa, expressamente, em 1988, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (art. 8º, III), e o Código de Defesa do Consumidor também inclui as associações no rol de legitimados ativos para as ações civis coletivas a partir do ano de 1990. Apesar disso, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em maio de 1993, o seu Enunciado n.º 310⁹¹, que vigorou por dez anos, até ser cancelado em outubro de 2003, quando já vigia o Código de Defesa do Consumidor há treze anos. É dizer: somente constatou-se o equívoco do entendimento sumulado com treze anos de atraso.

Durante este período, vigorou na Justiça do Trabalho sistemática restritiva da atuação dos sindicatos enquanto substitutos processuais, negando-se a letra do artigo 8º, III, da Constituição, ao estabelecer-se que tal dispositivo não era suficiente a garantir a substituição processual. Tal possibilidade, de acordo com o citado Enunciado, estaria restrita às hipóteses previstas na legislação infraconstitucional.

Este enunciado, assim como outras interpretações ainda feitas no âmbito do processo coletivo, são resultado de uma perspectiva liberal histórica do Direito e do processo. Esta concepção se funda no “dogma da supremacia da autonomia

91 Súmula 301: «**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO I** - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. **II** - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989. **III** - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. **IV** - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. **V** - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. **VI** - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. **VII** - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. **VIII** - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.»

da vontade individual” (SILVEIRA CLAUS, 2003, p. 90), levando à equivocada compreensão de que “a substituição processual na esfera trabalhista representaria uma forma de usurpação, pelo sindicato profissional, da liberdade individual do trabalhador”. (SILVEIRA CLAUS, 2003, p. 93)

Já à época de sua vigência, o Enunciado do TST sofreu críticas no sentido de que sua “interpretação restritiva não é compatível quando estejam em jogo direitos ou garantias fundamentais e direitos sociais”. (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2003, p. 521).

Ainda antes do cancelamento do Enunciado pelo TST, e mesmo à época da sua edição, o Supremo Tribunal Federal já tinha entendimento diverso. Em 1993, no julgamento de Mandado de Injunção, o STF declarou não ser possível negar que o disposto no art. 8º, III, da Constituição Federal, dê autorização ampla ao sindicato para defender os interesses da categoria judicialmente⁹². O reconhecimento da substituição processual pelos sindicatos continuou ocorrendo nos anos seguintes em outros tipos de ações judiciais⁹³.

Felizmente, em 2003, por meio da Resolução n.º 119/2003 (DJ 01.10.2003), o TST cancelou a súmula 310, reconhecendo a autoaplicabilidade do disposto no art. 8º, III, da Constituição, e, assim, a inconstitucionalidade da restrição da substituição processual pelo sindicato.

Somente a partir de então, se passou a aventar a legitimidade dos sindicatos para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Mais do que isso, “com o cancelamento da Súmula n.º 310 do TST, foi aberto o caminho para a reformulação do instituto da substituição processual sindical no processo do trabalho”. (LIMA DOS SANTOS, 2012, p. 93)

O referido enunciado vigorou por uma década, período durante o qual foi responsável por regular a substituição processual dos sindicatos na justiça do trabalho. Porém, é de se observar que, como sublinha LIMA DOS SANTOS, “mesmo após o seu cancelamento, muitos operadores do Direito ainda continuam aplicando algumas das suas disposições”. (LIMA DOS SANTOS, 2012, p. 97)

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 347, Relator: Min. Néri aa Silveira, 07 maio 1993, Diário da Justiça 08 abr 1994, p. 722.

93 Como, por exemplo, no julgamento do AI 156338 AgR, em 12/09/1995, e do AI 153148, julgado em 26/09/1995, ambos de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO, da Primeira Turma, bem como do julgamento pelo Tribunal Pleno, do RE 193382, em 28/06/1996, que teve como relator o Min. CARLOS VELLOSO.

Isto não só porque “o uso do cachimbo entorta a boca”, como em razão, de muito antes, e até os tempos atuais, serem para isso treinados os bacharéis em Direito no Brasil. Tanto a geração daqueles que foram responsáveis pela edição do enunciado do TST, como aqueles que ingressaram na graduação muito depois de ter entrado em vigor o Código de Defesa do Consumidor e até mesmo depois de cancelado o enunciado n.º 310 da Súmula do TST.

Foi o que muito bem observou ASSAGRA DE ALMEIDA, ao constatar tal deficiência na formação acadêmica jurídica, afirmando que “um dos grandes problemas que impedem a correta interpretação e aplicação das normas do *direito processual coletivo* decorre da formação liberal-individualista do profissional do direito no Brasil, que (...) é doutrinado durante todo o curso para enfrentar somente conflito interindividual”. (ASSAGRA DE ALMEIDA, 2003, p. 587).

Resultado disso, por exemplo, é o entendimento de que a coisa julgada da sentença coletiva que reconhece direitos individuais homogêneos produz efeitos apenas em relação aos filiados do sindicato autor da demanda. Esta concepção ignora, consciente ou inconscientemente, a realidade sindical brasileira e a natureza das relações de trabalho.

Isto porque o ordenamento brasileiro estabelece um sistema sindical baseado na unicidade sindical, que “é aquele em que apenas se admite a existência, ao mesmo tempo e no mesmo local, de um único sindicato representativo dos trabalhadores ou empresários da mesma categoria.” (RUSSOMANO, 1995, p. 77), que se “constitui o sistema organizativo pelo qual apenas um sindicato é legitimado para representar uma determinada categoria profissional ou econômica em uma mesma área geográfica” (AROUCA, 2013, p. 15). Esta é “uma unidade imposta por lei, (...) um monopólio de representação” (SOUSA FRANCO FILHO, 2013, p.239). Isto se evidencia pelo disposto no art. 8º, II, da Constituição Federal brasileira, que determina que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial”.

A verificação da existência de um único sindicato representativo de uma categoria se dá pelo registro junto ao Ministério do Trabalho e Emprego. Este órgão, em virtude da proibição de interferência estatal inculpada no art. 8º, I, da Constituição, se limita a registrá-lo ou a negar o registro quando já existir outro ente com mesma base territorial para a representação de determinada categoria.

Embora se possa questionar a adequação da representatividade dos sindicatos registrados segundo este modelo, uma vez registrado, o sindicato passa a ser con-

siderado, oficialmente, o representante judicial e extrajudicial de toda a categoria e não apenas de seus filiados.

Neste ponto, AROUCA esclarece que a proliferação de sindicatos sem representatividade e frágeis no Brasil se deve muito mais “ao estímulo dado pela contribuição sindical e ao apoio decisivo do Ministério do Trabalho e Emprego, que registra sindicatos “fantasmas” ou “amarelos”, sem contar com nenhum apoio das bases, (...) , ampliando a dimensão da crise sindical com a criação de sindicalistas “pelegos”, “oficialistas”, “imobilistas” e corruptos”. (AROUCA, 2013, p. 16).

Apesar destas incoerências do sistema sindical brasileiro, não se pode negar a importância da atuação dos entes coletivos obreiros na construção de direitos trabalhistas. Isto porque, como esclarece Sayonara GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, “não há história do Direito do Trabalho e seus mecanismos de regulação sem (...) a expressão dos movimentos das coletividades do trabalho para a aquisição de direitos, extra-estatais e estatais”. (GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, 2008, p. 46)

Isto se deve à própria natureza dos conflitos laborais e das normas que os regem. O Direito do Trabalho é conhecido como um direito ambivalente, por servir tanto ao reconhecimento de direitos dos trabalhadores como também para garantir a dominação pelo capital. Do mesmo modo é possível entender o direito administrativo, no que tange à disciplina do regime jurídico dos servidores públicos.

Os servidores públicos, no Brasil, são trabalhadores da Administração Pública, investidos em cargos de provimento efetivo, cuja relação jurídica com o Poder Público “não é de índole contratual, mas estatutária, institucional” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 263), que é o que diferencia esta da relação jurídica de empregado e empregador na iniciativa privada. Trata-se de regime jurídico estatutário, que “definido unilateralmente pelo Estado, traduz-se em um conjunto de direitos e deveres mutáveis. (...) se subordina ao princípio da legalidade, sem que seja produzido por um acordo de vontades”(JUSTEN FILHO, 2012, p. 915).

Portanto, fica evidente a ausência de autonomia de vontade destes trabalhadores na estipulação das condições de trabalho e remuneração. ALVARES DA SILVA afirma que “cada vez mais se adelgaça a diferença entre os servidores e o trabalhador comum. Guardadas certas particularidades próprias, a maioria dos direitos e deveres se identifica” (ALVARES DA SILVA, 1993, p. 231). Isto também porque, se, entre os servidores públicos, é expressa a ausência de autonomia da vontade, decorrente do próprio vínculo estatutário alterável unilateralmente pelo Estado,

na iniciativa privada se reconhece a falta ou irrelevância do elemento vontade na estipulação dos contratos de trabalho.

O papel exercido pela vontade individual do trabalhador, nas relações de trabalho, é ínfimo, de modo que permanecer analisando esta realidade sob o viés da liberdade individual ou da autonomia da vontade acaba por ser uma perspectiva denegatória de direitos fundamentais, “uma pedra, que no caminho foi atirada pelos juslaboralistas que ainda pensam pequeno” (RACHID COUTINHO, 2010, p. 161).

Isto porque, a manifestação de vontade do trabalhador “limita-se aos estreitos espaços estruturalmente estabelecidos pelas relações sociais” (CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA, 2011, p. 212), já que a liberdade e a consequente manifestação de vontade, neste âmbito, estão ligadas à propriedade do sujeito.

Por isto, a relação entre empregado e empregador, na iniciativa privada, e entre servidor e gestor público, no âmbito do serviço público, não é apenas de sujeição ou de subordinação, mas, sim, é verdadeira relação de poder, em que há, por natureza, um déficit de vontade da parte do trabalhador. Mesmo nos contratos cujo regime jurídico é de direito privado (relações trabalhistas privadas), e ainda muito mais nas relações de trabalho com o Poder Público, que são oficialmente marcadas pela unilateralidade.

Uma das consequências de se compreender que a relação entre o trabalhador e seu empregador, ou entre o servidor público e a gestão pública, é uma relação de poder, representativa da luta de classes, é desconstruir o “mito da outorga”, ou “mito da doação da legislação trabalhista” (PARANHOS, 2007, p. 142), que prega que “os benefícios sociais teriam sido apresentados à classe trabalhadora no pós-40 como um presente outorgado pelo Estado” (CASTRO GOMES, 1988, p. 196), “independentemente de pressão exercida de baixo por boa parte da classe operária” (WERNECK VIANNA, 1978, p. 31), porque teriam sido outorgados por um governo que, capaz de “antever situações, (...) teria evitado o conflito de classes” (PARANHOS, 2007, p. 143).

Afastar este mito, ainda muito presente no ideário brasileiro, significa reconhecer que o Direito do Trabalho é um campo de luta de classes, um ramo do Direito que é “útil às classes dominantes” ao mesmo tempo em que “interessa também aos trabalhadores, embora por razões opostas”. (RAMOS FILHO, 2012, p. 95) Portanto, tem-se que o conjunto de normas que rege a relação trabalhista não é fruto de qualquer benesse da classe patronal ou dos setores governamentais, mas é, verdadeiramente, produto de luta da classe trabalhadora. Não é outra a

situação dos servidores públicos, enquanto integrantes de uma classe trabalhadora, que tem como empregador um ente detentor do poder estatal. E nem mesmo diversa é a relação entre as classes quando se busca o Poder Judiciário.

Se a relação de trabalho é uma relação de poder, mesmo em se tratando de servidores públicos, é de se atentar para o que diz Sayonara GRILLO LEONARDO COUTINHO DA SILVA, no sentido de que “o equilíbrio de poder não advém das regras trabalhistas em si” (GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, 2008, p. 9), e que cabe ao sindicalismo buscar mecanismos capazes de limitar o poder do ente patronal, seja o empregador da iniciativa privada, seja o gestor público. É a única possibilidade de amenizar a desigualdade estrutural destas relações.

GODINHO DELGADO, neste ponto, explica que enquanto, de um lado, tem-se o empregado como “pessoa física específica e isolada”, portanto como um ente individual, de outro, tem-se o empregador, empresário, “*ser coletivo típico*”, em razão da amplitude de efeitos que tem as suas ações tanto internamente, em relação a uma coletividade de trabalhadores, como externamente, em relação a uma imensidão de consumidores. Assim, enquanto a relação permanece nestes termos, não se pode falar, jamais, em equivalência na manifestação das vontades, o que só pode, por ventura, ocorrer quando se está diante de uma relação entre dois entes coletivos, ou seja, quando quem está frente ao empresário é o ser coletivo obreiro, o sindicato ou a associação de trabalhadores. (GODINHO DELGADO, 1996. p. 154-156)

Assim, o único meio de se buscar uma atuação emancipatória do Direito, no âmbito das relações trabalhistas, é pela via coletiva, que escancara a luta de classes, a qual tenta se camuflar por trás da autonomia da vontade nas relações individuais. E isto tanto na arena política de luta como, também, no âmbito do Poder Judiciário.

Isto porque, apesar de se tornar relação jurídica de direito processual, esta não perde sua característica de conflito de classes, pois, como diz TULIO VIANA, “não é só no dia-a-dia do contrato que empregador e empregado se situam em posições desiguais. Ao contrário, a disparidade de forças tende até a crescer nas barras dos tribunais” (TULIO VIANA, 1996, p. 414). A simples presença do juiz não retira esta característica, não tem o condão de restabelecer a igualdade.

Portanto, também diante do Poder Judiciário, é por meio da atuação coletiva dos sindicatos, e não das demandas individuais, que se pode eficazmente buscar a melhoria das condições de trabalho e remuneração da classe trabalhadora. Limitar as conquistas desta atuação aos trabalhadores previamente filiados ao sin-

dicato autor da demanda coletiva é ignorar esta natureza das relações trabalhistas, privilegiando a autonomia da vontade, inexistente neste âmbito, mas também esquecer-se da realidade do sistema sindical brasileiro.

Exigir uma filiação prévia é determinar a necessidade de uma manifestação de vontade do trabalhador em um cenário que é de condicionamento da vontade e de irrelevância da manifestação desta.

Além disto, do ponto de vista da estrutura sindical, independentemente do regime da unicidade, o direito coletivo tem como princípio a indivisibilidade da categoria econômica ou profissional, que “*internamente*, pela contingência da condição humana e social, é divisível, enquanto indivisíveis, sim, são os *interesses coletivos* em função dos quais ela se organiza” (RUSSOMANO, 1995, p. 85). Não se trata de um ente que representa um grupo de associados, um clube, mas, sim, do ente que legal e constitucionalmente representa uma categoria. RUSSOMANO afirma que “nesse momento, os regimes de unicidade sindical têm sua hora de esplendor(...), porquanto o sindicato único corresponde à ideia de unidade dos “interesses categoriais”, representados com exclusividade”(RUSSOMANO, 1995, p. 85).

Assim é que, no sistema brasileiro, marcado pela unicidade sindical, os Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e as Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), resultados de negociações coletivas, abrangem toda a categoria representada, e não apenas os filiados aos sindicatos contratantes. Tanto para garantir-lhes benefícios trabalhistas, como, por vezes, para piorar suas condições de trabalho em comparação ao previsto pela lei. Para estes casos, não se discute sua aplicabilidade aos integrantes da categoria que não estejam filiados ao sindicato. Por isto é que RUSSOMANO conclui:

Posta a questão dentro desses limites, seria absurdo dizer-se que o papel do sindicato, modernamente, se limita a representar (em todos os sentidos desse vocábulo) os interesses individuais ou coletivos *de seus associados e da respectiva categoria*. Pelo menos em sistema como o nosso, de marcada unicidade sindical, em que a sindicalização toma como referência a “categoria” (profissional ou econômica), a primeira responsabilidade do sindicato é perante a generalidade dos trabalhadores, pois estes, mesmo que nele não se inscrevam, por ele são representados, em momentos extremamente importantes da vida jurídico-social, ou seja, nos conflitos coletivos de trabalho, solu-

cionados através de convenções ou de ações de competência do Poder Judiciário. (RUSSOMANO, 1995, p. 113-114).

Portanto, também quando se trata de demandas judiciais coletivas, é de se reconhecer a atuação dos sindicatos enquanto representantes da categoria como um todo, como dispõe a própria Constituição Federal brasileira.

Por fim, é de ser considerado o resultado prático das ações judiciais coletivas propostas por sindicatos. Quando são julgadas procedentes, se refletem em melhoria das condições de trabalho e/ou remuneração dos trabalhadores ou servidores públicos abrangidos pela decisão. Limitar estes efeitos aos filiados à entidade autora da demanda significaria institucionalizar uma situação de desigualdade, em que um grupo de trabalhadores passaria a ter melhores condições, reconhecidas judicialmente, enquanto outros continuariam sem este direito. Em uma palavra: o resultado seria desigualdade entre os trabalhadores.

Diante de tudo o que se expôs acerca da tutela coletiva de direitos, fica evidente que seu objetivo não é este. Ao contrário, intenta garantir uma prestação jurisdicional mais justa, igualitária e adequada do direito material.

Neste ponto, observa-se que o Poder Judiciário não demonstra ter compreendido sua função de efetivação da tutela coletiva, em especial nas relações de trabalho, preferindo, muitas vezes, dar prevalência à vontade individual, seja na forma de filiação prévia ao sindicato, seja pela exigência de buscar individualmente o Poder Judiciário para usufruir de direitos reconhecidos em demandas coletivas. Mas esta posição não deve prevalecer, pois contrária à natureza dos institutos envolvidos e da própria Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação jurídica processual que se estabelece entre empregado e empregador ou mesmo entre o representante obreiro (sindicato) e o tomador dos serviços não é, na essência, diferente da relação que existe entre ambos fora dos Tribunais. Encontram-se, perante o juiz, novamente, o detentor do capital e o fornecedor de força de trabalho, representantes de duas classes distintas, envolvidas em uma luta marcada pela desigualdade estrutural, condicionante da vontade da parte mais fraca, o trabalhador.

Por isto, cabe ao direito processual criar mecanismos capazes de amenizar esta desigualdade e atingir o objetivo do processo de tutela efetiva do direito material. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é um instrumento de grande valia por permitir a tutela judicial de direitos independentemente da atuação individual de cada trabalhador. É uma forma de garantir direitos apesar da ausência de autonomia de vontade do trabalhador.

Assim, decisões que limitam a abrangência destas conquistas, exigindo prévia filiação do trabalhador ao sindicato autor, ignoram a natureza da relação trabalhista, que é de conflito de classes, marcado pelo condicionamento da vontade do trabalhador. Ainda, desconsideram a regulação sindical no Brasil, marcada pela unicidade, que impõe a exclusividade da representação da categoria por um único sindicato regional. E, também, os objetivos da tutela coletiva, de garantir uma prestação jurisdicional mais justa, igualitária e eficaz.

Portanto, permitir que a decisão judicial coletiva de procedência alcance todos os integrantes da categoria representada pelo sindicato autor é a única maneira de realizar os objetivos do processo coletivo no âmbito trabalhista, de transformação positiva da realidade social, e, ainda mais, de fazê-lo instrumento de concretização de direitos trabalhistas e, assim, de solidificação dos objetivos e fundamentos da República, em especial da dignidade humana e do valor social do trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBINO ZAVASCKI, Teori (2006). *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

ALVARES DA SILVA, Antonio (1993): *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, São Paulo, LTr,

AROUCA, Jose Carlos (2013): "CLT 70 anos. Legislação Sindical 110", *Revista Síntese Trabalhista e previdenciária*, v. 24, n. 292, out 2013, p. 9-28.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório (2003): *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*, São Paulo, Saraiva.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (2015): *Curso de direito administrativo*, 32. ed., São Paulo, Malheiros.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1984). “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual. Terceira série*, São Paulo, Saraiva, p. 193-197.

BARROS LEONEL, Ricardo de (2002): *Manual do processo coletivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

BATISTA MARTINS CESAR, João (2013). *Tutela Coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, São Paulo, LTr.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (1988): *Acesso à Justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

CAPONI, Remo (2009). “Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali”, BELLELLI, Alessandra. *Dall’azione inibitoria all’azione risarcitoria collettiva*, Padova, CEDAM.

CARNELUTTI, Francesco (1999): *Instituições do processo civil*, trad. Adrián Sotero De Witt Batista, Campinas, Servanda.

CARVALHO SAMPAIO OLIVEIRA, Murilo (2011): *A (re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista*, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

CASTRO GOMES, Angela de (1988): *A invenção do trabalhismo*, São Paulo, Vértice, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisas do Rio de Janeiro.

CHIOVENDA, Giuseppe (1998): *Instituições de direito processual civil*, v. 2. Trad. Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller.

CRUZ ARENHART, Sérgio (2013): *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

DONZELLI, Romolo (2008): *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene editore,.

FISS, Owen (2004). *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, Trad.: Carlos Alberto Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo, Revista dos Tribunais.

FREIRE PIMENTA, José Roberto; SORAGGI FERNANDES, Nadia (2010): “A importância da coletivização do processo trabalhista”, GOULART DE SENA, Adriana; NEVES DELGADO, Gabriela; PORTUGAL NUNES, Raquel (Coordenadores): *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*, São Paulo, LTr.

GIDI, Antônio (2007): *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, São Paulo, Revista dos Tribunais.

GODINHO DELGADO, Mauricio (1996): *O poder empregatício*, São Paulo, LTr.

GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Sayonara (2008): *Relações coletivas de trabalho: Configurações institucionais no Brasil contemporâneo*, São Paulo, LTr.

HERMAN V. BENJAMIN, Antonio (2010): “Título III. Da defesa do consumidor em juízo”, LIMA MARQUES, Cláudia; HERMAN V. BENJAMIN, Antonio; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

JUSTEN FILHO, Marçal (2012): *Curso de direito administrativo*, 8 ed., Belo Horizonte, Fórum.

LIMA DOS SANTOS, Ronaldo (2012): “Evolução dogmática da tutela dos interesses individuais homogêneos na Justiça do Trabalho: da substituição processual à sentença genérica”, *Revista síntese trabalhista e previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 278, ago 2012, p.86-108.

MALLET, Estevão (2010): “Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais”, MALLET, Estevão, RIBEIRO DOS SANTOS, Enoque (Coordenador), *Tutela processual coletiva trabalhista*, São Paulo, LTr., p. 9-37.

MARINONI, Luiz Guilherme (2005): “A Jurisdição no Estado Constitucional”, *Jus Navigandi*, Teresina, Disponível em: < marinoni.adv.br>, Acesso 22 ago 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme (2006a). “Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional”. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, Curitiba, jan/dez 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme (2006b): *Tutela Inibitória: individual e coletiva*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

MITIDIERO, Daniel (2007). *Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria (2002): *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

PARANHOS, Adalberto (2007): *O roubo da fala: Origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*, 2. ed., São Paulo, Boitempo.

RACHID COUTINHO, Aldacy (2010): “A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais do trabalhadores”, WOLFGANG SARLET, Ingo (Organizador) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 3. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 159-173.

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

RANGEL DINAMARCO, Cândido (2001): *A instrumentalidade do processo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros,.

RODRIGUES DE CARVALHO, Ricardo Wagner (2013): “A busca da efetividade da tutela jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais sociais”, RONAN NEVES KOURY, Luiz; SCHUVARTZ, Neiva; MARQUES RIBEIRO, Luciane (Coordenadores), *Temas de direito do trabalho e de direito processual do trabalho*, Belo Horizonte, RTM, p.413-430.

RUSSOMANO, Mozart Victor (1995): *Princípios gerais de direito sindical*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense.

SILVEIRA CLAUS, Ben-Hur (2003): *Substituição processual trabalhista: uma elaboração teórica para o instituto*, São Paulo, LTr.

SORAGGI FERNANDES, Nadia (2009): “A substituição processual na esfera trabalhista”, FREIRE PIMENTA, José Roberto; MEDEIROS DE BARROS, Juliana Augusta; SORAGGI FERNANDES, Nadia, *Tutela metaindividual trabalhista*, São Paulo, LTr, p. 91-110.

SOUSA FRANCO FILHO, Georgenor de (2013): “Sindicalismo no Brasil” GUNTHER, Luiz Eduardo; SOUZA NETTO MANDALOZZO, Silvana (Coordenadores); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antonio César (Organizadores), *25 anos da Constituição e o direito do trabalho*, Curitiba, Juruá, p. 237-250.

VIEIRA WANDELLI, Leonardo (2004): *Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, São Paulo, LTr.

WERNECK VIANNA, Luís (1978): *Liberalismo e sindicato no Brasil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra.

O USO EFICIENTE DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO PLANEJAMENTO EMPRESARIAL: UM ESTUDO DE CASO⁹⁴

Guilherme Cavicchioli Uchimura⁹⁵

INTRODUÇÃO

A partir da crítica marxista ao direito, pode-se conceber a Justiça do Trabalho, sem desconsiderar seu relevante papel na recomposição parcial da exploração da classe que vive do trabalho, como uma instituição que não suporta em si a superação da exploração do trabalho alheio – conclusão obtida na pesquisa sobre a relação entre a forma-valor e a formação histórica jurisdição trabalhista (UCHIMURA, 2016).

A partir daí, cabe compreender melhor como as classes sociais podem realizar um uso desta instituição, cada qual mirando os próprios interesses. Uma das formas pela qual os capitalistas podem fazê-lo é violando deliberadamente o

94 Trata-se da reformulação de parte de uma pesquisa já publicada em *A justiça do trabalho e a repetição da forma-valor* (UCHIMURA, 2016). O referido trabalho foi apresentado ao GPTREC – Grupo de Pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional durante este ano e, a partir dos respectivos debates, reformulado para a presente publicação

95 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2010-2014). Pesquisador jurídico (Instituto Declatra). Colaborador externo do Projeto de Pesquisa, Ensino e Extensão “LUTAS: assessoria jurídica universitária popular” - PROEX/UEL. Pesquisador do “NEFIL - Núcleo de Estudos Filosóficos” - PPGD/UFPR. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa “Trabalho Vivo” - PPGD/UFPR. Participante do “GPTREC – Grupo de Pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional” – UNIBRASIL.

direito material dos trabalhadores no curso do contrato de trabalho e, com isso, provocando o ajuizamento de ações trabalhistas na Justiça do Trabalho. Ou seja, ao aumentarem as margens de lucro por meio do descumprimento deliberado da legislação trabalhista, os empregadores passam a correr o risco de sofrerem condenações judiciais, levando a disputa pelas proporções entre salário e mais-valia (CORREAS, 1986) do campo jurídico-abstrato ao campo jurisdicional-concreto.

Neste quadro, o objetivo do artigo é verificar – a partir do estudo de um caso documentado de descumprimento deliberado da legislação trabalhista – como as empresas possuem a capacidade de realizar análises econômicas dos efeitos da violação dos direitos trabalhistas. A efetividade dos direitos trabalhistas, sob esta perspectiva descritiva, estaria condicionada à analítica dos gestores dos contratos de trabalho ou, de modo mais específico, à pergunta que, em segredo, talvez seja a oração diária de todos os capitalistas: o que vale mais a pena, cumprir a legislação trabalhista ou suportar os riscos pelo seu descumprimento?

1. VIOLAÇÃO EFICIENTE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: A FORMULAÇÃO DE UMA CATEGORIA

Em *A justiça do trabalho e a repetição da forma-valor* (UCHIMURA, 2016), procurei demonstrar que, dentro da Justiça do Trabalho, qualquer desejo político de avanço social fica circunscrito à gênese da própria forma política estatal: a forma-valor. Esse raciocínio leva à constatação de que há uma invencível repetição da forma-valor na instância judicial. A tensão entre empregados e empregadores – reivindicações por melhores condições de trabalho de um lado e estratégias patronais para expansão do lucro do outro – é absorvida e circunscrita ao jogo da igualdade jurídica.

A partir desta perspectiva, aqui se coloca em debate como essa condição histórica da Justiça do Trabalho permite que tal instituição sirva para elevar os níveis de previsibilidade dos detentores do capital em face da gestão dos contratos de trabalho assalariado. Parte-se da premissa de que observar ou não a legislação trabalhista é uma opção dos empregadores: em uma dimensão descritiva da racionalidade liberal, estes apenas cumprirão a lei quando isto se mostrar mais vantajoso do que o descumprimento.

Basta observar que o direito do trabalho, mesmo quando regulamenta determinadas condutas aos patrões, não consegue impedir o descumprimento deliberado das normas trabalhistas. Ao afirmar que “entre direitos iguais decide a força” e que, abstraindo limites muito elásticos, “da natureza do próprio intercâmbio de mercadorias não resulta nenhum limite à jornada de trabalho”, Marx (1996, p. 349) já denotava o caráter fático que o direito, para além de sua aparência normativa, assume na troca de força de trabalho por salário.

É também Marx (1996, p. 356) quem nos fornece os primeiros elementos empíricos nesse sentido. De acordo suas pesquisas sobre a inspeção do trabalho na Inglaterra do século XIX, fabricantes britânicos fraudavam de diversas maneiras os limites legais à jornada de trabalho, vez que esses contavam com “a chance de não serem descobertos” e calculavam, na hipótese de o serem, que “o pequeno valor da multa e dos custos judiciais” lhes asseguraria um saldo lucrativo⁹⁶.

Como diz o trabalhador ao capitalista que o explora, estes assuntos devem ser tratados “sem apelo a teu coração, pois em assuntos de dinheiro cessa a boa vontade” (MARX, 1996, p. 349). Assim, Marx já indicava, em certa medida, que o conjunto de normas que preveem os direitos dos trabalhadores funciona mais como um catálogo que dá certa margem de previsibilidade ao empregador, cuja vontade reside apenas no lucro, de maneira que se lhe torna possível comparar se é mais econômico observar ou não a legislação trabalhista.

Em sentido próximo, a inefetividade dos direitos trabalhistas também não é fenômeno recente em âmbito nacional. Segundo o historiador John French (2001, p. 16), desde a época da Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, “direitos garantidos categoricamente em lei eram rotineiramente desrespeitados na prática daqueles que gerenciavam a expansão do setor industrial”. Com isso, desde a década de quarenta, a prática patronal já apontava predominantemente à rejeição da ainda jovem legislação trabalhista protetiva, assimilada como algo apenas “para inglês ver” (FRENCH, 2001, p. 35), e não como um conjunto normativo que efetivamente deveria ser observado.

Nota-se, portanto, que o fenômeno indicado não é inédito na história do capitalismo, mundial ou nacionalmente; por outro lado, é evidente que apresenta certa especificidade sob a hegemonia neoliberal. Como afirma a professora Al-dacy Rachid Coutinho (2013b, p. 906), hoje são fatores como a lógica dos custos e a

96 As expressões citadas fazem parte do relato de um inspetor de fábrica, levantado por Marx na extensa pesquisa documental do Capítulo VIII, extraído de “*Reports etc. 31st Oct. 1856*”.

busca dos benefícios que, substanciando a racionalidade econômica da eficiência, “direcionam as práticas de exercício do poder empregatício”.

Nesse contexto, anota o professor Jorge Luiz Souto Maior (2007, p. 1320) que “não cumprir, adequadamente, os direitos trabalhistas tornou-se entre nós uma espécie de bom negócio”. O descumprimento é visto pelas empresas, através da lógica do lucro, como um risco calculado. E mais: em função de as grandes empresas optarem pelo desrespeito contumaz dos direitos trabalhistas, como se fossem acidentais riscos econômicos, as pequenas e médias empresas que cumprem a legislação trabalhista são prejudicadas de forma reflexa: acabam perdendo espaço no âmbito da competição de preços ou, quase sempre, veem-se obrigadas a agir da mesma forma que as grandes empresas. É uma das facetas do chamado *dumping social*.

Nesse encadeamento de consequências, que sempre segue a lógica da reprodução do capital, o resultado final é a intensificação da precarização das relações sociais de trabalho, principalmente das condições de vida dos trabalhadores, fatalmente localizados na extremidade desse rolo compressor.

Sob essa perspectiva, hoje a inefetividade dos direitos trabalhistas em âmbito nacional é tamanha que Souto Maior (2011, p. 755-759) chegou a indicar, provocativamente, que se estaria conferindo ao empregador “o direito de desrespeitar o direito dos trabalhadores”. E pior: dentro dessa lógica do absurdo, mesmo se reconhecida a ilicitude desse desrespeito, restaria apenas denunciar o “exercício abusivo desse ilícito”, como se fosse mesmo possível traçar um limite entre o descumprimento aceitável e o descumprimento excessivo dos direitos trabalhistas.

Em termos mais concretos, de acordo com a extensa pesquisa realizada em fontes primárias por Adalberto Moreira Cardoso (2003), percebe-se que realmente houve um crescimento do desrespeito aos direitos trabalhistas individuais nas últimas décadas. Como síntese de sua pesquisa, o sociólogo expõe o seguinte:

A economia brasileira tratou de flexibilizar no grito o direito do trabalho na década de 1990, via contestação da norma legal, expressa por dois indicadores centrais: a queda na proporção de assalariados com carteira assinada entre os assalariados em geral; e o aumento do número de demandas na Justiça do Trabalho. (CARDOSO, 2003, p. 159).

Com isso, partindo de forte embasamento empírico (análise de processos judiciais, dados estatísticos da Justiça do Trabalho e dados do mercado de trabalho

brasileiro), a pesquisa de Cardoso reforça a afirmativa de que o descumprimento da ordem jurídica trabalhista se apresenta como movimento generalizado em âmbito nacional. Além disso, o sociólogo deixa indicado que se trata de um fenômeno em certa medida ligado à hegemonização do neoliberalismo no Brasil a partir da década de noventa.

No mesmo sentido, para a professora Aldacy R. Coutinho (2013a, p. 179), hoje se pode perceber a substituição da racionalidade jurídica da legalidade pela racionalidade econômica da eficiência, contexto no qual se vive a subsunção dos comportamentos humanos à lógica dos custos. Como resultado, observa-se que “a lei importa pouco” e que “a opção por uma ou outra decisão é tomada a partir dos *trade-offs*, levando-se em consideração critérios pautados pela eficiência (custo-benefício)”.

Não se desconsidera que, em grande medida, a isso se relacionam também a condição dependente de nossa economia e a superexploração da força de trabalho no continente latino-americano, categorias inicialmente apontadas pelo economista Ruy Mauro Marini (2011). Afinal, no cenário periférico que se forma com esses elementos, “não é de todo anormal que a efetividade de leis trabalhistas que prezem pela proteção do trabalho esteja ausente” (BORDINHÃO NETO, 2014, p. 107).

De fato, a rejeição dos direitos trabalhistas pelo empresariado brasileiro se relaciona também à história da legalidade do capitalismo periférico e dependente nacional. Para Alysson Mascaro (2003, p. 86-87), essa se desenvolveu, na primeira metade do século XX, a partir de elementos como a transição do modelo escravagista, a formação de um proletariado urbano e as tensões sociais advindas da nascente organização sindical, resultando, com isso, “numa forma jurídica de arranjo estatal da exploração capitalista e de instrumentalização da legalidade”.

Portanto, percebe-se serem diversos os autores que têm tratado, sob enfoques distintos, de um ponto convergente: a relação entre o descumprimento de direitos e a racionalidade econômica própria das empresas. Na área trabalhista, aponta-se, de modo geral, a opção deliberada das empresas de não observar a respectiva legislação como ato de gestão voltado a diminuir custos. Para uniformizar este grande acúmulo teórico e prático sob uma mesma categoria, propõe-se doravante denominar essa prática como *violação eficiente dos direitos trabalhistas*, ampliando a abrangência que se tem dado à expressão “inadimplemento eficiente”⁹⁷.

97 Esta expressão tem sido desenvolvida no campo da análise econômica de contratos, originariamente cunhada em inglês como “*efficient breach theory*”. O pressuposto dessa teoria, ou técnica,

2. DA VIOLAÇÃO MATERIAL AO USO INSTITUCIONAL: O CASO DO RELATÓRIO DE PROCESSOS TRABALHISTAS DE 2011 (ANAPÓLIS/GO)

Como referência para o aprofundamento do debate sobre a violação eficiente dos direitos trabalhistas, um ponto interessante a ser observado é o descumprimento dos direitos trabalhistas percebido habitualmente no momento da rescisão contratual.

Nesse sentido, segundo Cardoso (2003, 187-188), cada vez mais a Justiça do Trabalho tem se tornado o “lugar de garantia de direitos rescisórios, enquanto antes acolhia também demandas relativas a direitos contratuais e legais burlados durante a vigência dos contratos”. Para o sociólogo, os indicadores revelam que os empregadores estão burlando as leis sistematicamente para reduzirem custos de demissão.

Trata-se de um exemplo prático do que Cardoso (2003) chama de flexibilização a frio da legislação trabalhista: já que nem todas as proposições legislativas do interesse patronal são aprovadas no parlamento, as empresas encontram uma forma de implementar o seu projeto de regulação flexível descumprindo a legislação vigente. É sob este contexto que se insere o estudo de caso a seguir.

Trata-se de um exemplo concreto do comportamento empresarial de burlar a legislação para reduzir custos no momento da rescisão contratual. O caso foi documentado no processo de Reclamação Trabalhista 0010305-07.2013.5.18.0052, que teve trâmite na 2ª Vara do Trabalho de Anápolis – Goiás. Em sua petição inicial, o autor da ação juntou ao processo o documento intitulado *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*.⁹⁸

Sem adentrar em detalhes particulares sobre a ação judicial de fundo, atenta-se apenas ao referido documento. Trata-se de um relatório datado de dezembro de 2011, aparentemente elaborado pelo departamento jurídico da empresa ré, em

pode ser formulado da seguinte maneira: “em um sistema no qual os riscos do descumprimento de normas apresentam benefícios econômicos mais elevados do que a sua rigorosa observância, o seu inadimplemento comumente será a postura adotada” (ARAÚJO E MENDONÇA; ALMEIDA, 2014).

98 O relatório pode ser consultado na íntegra pelo endereço eletrônico <https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=13032210525710700000000246924>.

que se descrevem resumidamente os processos trabalhistas em que ela foi demandada pelos empregados demitidos durante o mesmo ano.

Destaca-se que, ao final do documento, há um tópico denominado “Conclusões e orientações”, no qual se leem as seguintes passagens:

CONCLUSÕES e ORIENTAÇÕES. Por meio das experiências vividas nesse ano, podemos concluir que a estratégia de não efetuar acerto/pagamento de funcionários que apresentam sinais de que vão criar problemas trabalhistas é a melhor solução. Isso porque: 1- Quando deixamos de efetuar o pagamento do acerto rescisório do empregado na empresa ele geralmente fica sem nenhum dinheiro, o que faz com que fique mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro, pois suas contas estão vencendo e ele sabe que um processo trabalhista pode demorar muito: 2- Também quando deixamos de pagar as verbas rescisórias do empregado na empresa o valor que vamos propor para fazer um acordo na justiça do trabalho fica mais auto e isso faz com que o advogado do empregado também prefira o acordo, pois terá acesso rápido aos seus honorários, e mais do que o seu cliente, ele sabe que o processo pode demorar anos: 3- No entanto, precisamos ter a estratégia bem montada para não incorrerem em multa do art. 477 da CLT. Por isso, quando o empregado criar problema, o correto é dizer a ele que procure os seus direitos, que a empresa irá acertar com ele somente na justiça, sem entregar qualquer documento ao empregado. Assim, quando ele entrar na justiça e disser que foi dispensado, nós alegaremos que ele abandonou o emprego, e que jamais houve dispensa, com isso, livramos a empresa da multa e ficamos mais próximos de um acordo. [...] Finalmente, concluímos com toda certeza que no ano de 2011 o saldo das ações trabalhistas foi muito positivo para o Grupo [suprimido], pois se somados apenas os valores das multas de 40% de FGTS que a empresa deixou de pagar nas ações acima relacionadas teremos uma economia aproximada de R\$8.320,00. Sem contar o aviso prévio. [...].

Da análise do documento, depreende-se que o departamento jurídico da empresa é bastante claro e incisivo ao orientar os gestores a não efetuar o pagamento das verbas rescisórias, ainda que devidas. O cálculo racional aparece na sua forma

mais bruta ao considerar que, após a demissão, o trabalhador estará “mais necessitado de um acordo para ter acesso imediato ao dinheiro” (RELATÓRIO..., 2011).

Em outras palavras, o empregador está realizando uma análise econômica do direito trabalhista ou, mais especificamente, uma análise econômica dos efeitos da violação do direito trabalhista. Como afirma Cardoso (2003, p. 186), “A ilegalidade, então, não é outra coisa senão a versão mais crua da luta de classes”.

Esta prática de planejamento empresarial não se reduz, entretanto, ao nível do direito material. Da análise do documento *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011*, depreende-se também que a analítica empregada abrange centralmente o funcionamento institucional da Justiça do Trabalho.

Como se observa no *Relatório...* (2011), uma “estratégia bem montada” não pode prescindir de uma análise minuciosa da legislação trabalhista material. Da leitura do documento, porém, restou evidente que esta análise deve levar em conta também os aspectos processuais, as condições econômicas dos empregados e, sobretudo, as práticas pelas quais funciona a Justiça do Trabalho.

Tomando este caso como modelo, pode-se afirmar que a violação eficiente do direito envolve mecanismos complexos de cálculo e, muitas vezes, apenas pode se basear em estimativas com baixo nível de precisão. Vale observar ainda que, mesmo que a empresa consiga atingir um elevado índice de previsibilidade, ainda assim não poderá ter certeza de que os efeitos da violação do direito se confirmarão como a opção economicamente mais vantajosa.

Em outras palavras, considerando que as possíveis sanções previstas pelos ilícitos trabalhistas se constituem como dano ao patrimônio da empresa, esta necessariamente assume um risco econômico ao praticar a violação eficiente do direito. Então, a questão que interessa ao planejamento empresarial passa a ser como aumentar a previsibilidade destes riscos para obter mais segurança na decisão entre cumprir ou descumprir a legislação.

Nesta dimensão, nota-se que a análise empreendida no *Relatório...* (2011) centraliza certa confiança nos acordos homologados pela Justiça do Trabalho, momento em que, segundo o documento, a empresa ao mesmo tempo obtém quitação das verbas trabalhistas e consegue reduzir significativamente o custo com as verbas rescisórias⁹⁹. Afinal, o trabalhador desempregado estará “mais neces-

99 Sobre a crítica aos acordos na jurisdição trabalhista, ver: HIRANO, Ana Farias. *Acordos homologados pela Justiça do Trabalho: uma análise dos dissídios individuais na fase de conhecimento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

sitado” (RELATÓRIO..., 2011), estará com fome, com dívidas, com ameaças de despejo, com medo...

Com isso, o caso em questão serve para confirmar que o direito funciona na sociedade capitalista sob a dinâmica de “uma racionalidade posta à disposição do cálculo e aumento dos níveis do previsível” (CORREIA, 2008, p. 307), passando então a ser utilizado, antes de tudo, como uma técnica racional imprescindível à estruturação do capital. De fato, “em assuntos de dinheiro cessa a boa vontade”, o que bate no peito do capitalista parece ser o coração subtraído do próprio trabalhador (MARX, 1996, p. 349).

Mais especificamente, o acréscimo que o estudo do caso acima traz é a percepção de que, em casos de violação eficiente dos direitos trabalhistas, o planejamento empresarial pode contar também com o funcionamento da jurisdição trabalhista para aumentar a previsibilidade e reduzir o nível dos riscos assumidos. Daí se poder falar também, para além do nível abstrato da regulação, em um *uso eficiente da Justiça do Trabalho* no nível institucional.

Vale observar que, como resultado das ditas “orientações” (RELATÓRIO..., 2011), a empresa poderá reduzir custos, potencializará o uso da força de trabalho comprada, aumentará a competitividade, engordará as margens de lucro. Mas a história não terminaria por aí: há de se destacar que, do outro lado da corda, os empregados demandantes acabam saindo do acordo judicial com significativa redução de seus direitos rescisórios, ou seja, de suas garantias de sobrevivência durante o desemprego.

Isso significa que esses trabalhadores se encontrarão, mais rapidamente, desesperados a sair do exército de reserva, conseqüentemente aceitando condições salariais piores para voltarem a ser assalariados. Pode-se dizer, portanto, que o não pagamento das verbas rescisórias não é apenas uma forma de aumento imediato da lucratividade empresarial, pois também acaba se constituindo, em níveis conjunturais, como “maior pressão de oferta sobre o mercado de trabalho e sobre os salários reais” (CARDOSO, 2003: 186), ou seja, como ferramenta de rebaixamento geral do preço da força de trabalho. O uso eficiente da Justiça do Trabalho, com isso, aparece também como ferramenta de política econômica de regulação do preço da força de trabalho, a serviço da classe empresarial.

A Justiça do Trabalho, com isso, além de estar atrelada aos limites da forma-valor e da igualdade jurídica (UCHIMURA, 2016), pode servir também ao aumento dos níveis de previsibilidade dos efeitos da violação do direito. Trata-se, portanto, de uma ferramenta cujo uso, nos marcos da eficiência empresarial, ser-

vem paradoxalmente à regulação do descumprimento dos direitos trabalhistas e à intensificação da exploração da força de trabalho.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a Justiça do Trabalho nem sempre é utilizada como instituição apta a materializar os direitos trabalhistas. É possível concebê-la, em alguns momentos, como o exato oposto disso: como mecanismo que permite o cálculo empresarial e viabiliza o descumprimento deliberado dos direitos trabalhistas.

O estudo de caso sobre o *Relatório de Processos Trabalhistas de 2011* serve, por um lado, para reafirmar os limites estruturais da Justiça do Trabalho (UCHIMURA, 2016), evidenciando, ao mesmo tempo, a prática de violação eficiente dos direitos trabalhistas e um modelo de uso eficiente da Justiça do Trabalho pela racionalidade empresarial.

Como apontamentos finais, vale afirmar que, em um contexto periférico de negação sistemática dos direitos trabalhistas, não há como se negar a atual importância política da Justiça do Trabalho: instrumento que, embora eivado de inefetividade, é voltado a elevar as condições materiais da classe que vive do trabalho. Impõem-se um uso tático (PAZELLO, 2014) da Justiça do Trabalho, como meio, não apenas para refrear a intensificação do trabalho precário, como também para apontar a superação da exploração capitalista em um horizonte estratégico mais amplo.

Apesar de o caráter ambivalente do direito do trabalho constituir um tema relativamente abordado por pensadores críticos do direito do trabalho, sob matizes distintos ao aqui esboçado, ainda se trata de um desafio aberto às ciências sociais e jurídicas a elaboração teórica sobre a relação entre a crítica radical e o uso tático da Justiça do Trabalho.

Oscar Correias (1986), quase três décadas atrás, já sugeria que o direito do trabalho precisa ser desmitificado, ou seja, concebido não mais como um fim em si, mas como um instrumento a mais para a luta. Cabe notar que o mesmo se aplica à instituição jurisdicional voltada a efetivar os direitos trabalhistas: no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho.

Por último, cabe notar que, no conflito entre o capital e o trabalho, se a classe que vive do trabalho ainda hoje necessita desmitificar o uso não-tático do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho, está muitos passos atrás da classe que a

explora. Isso porque, como visto no desenvolvimento do artigo, o empresariado não baseia a gestão dos contratos de trabalho na legalidade, apesar de estruturalmente depender dela, mas sim no aumento das margens de lucro. E a eficiência, nada ingênua, não conhece obediência ao direito; sequer o conhece, a não ser sob a forma de números.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO E MENDONÇA, Maria Lírda Calou de; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Crise do capitalismo e a necessária mutação de paradigmas nas relações trabalhadoras, *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, pp. 201-224.

BORDINHÃO NETO, Rubens. *O lugar do direito do trabalho na periferia do capitalismo*. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do trabalho e relações de classe no Brasil: revisitando problemas e interpretações. Em: _____. *A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. cap. 3. p. 123-204.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Considerações finais: um certo olhar a envolver as relações individuais do trabalho. Em: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. (Orgs.). *Curso de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 301-343.

CORREAS, Óscar. *Introducción a la Crítica del Derecho Moderno (esbozo)*. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito capitalista e democrático do trabalho nos marcos do Estado Providência: 70 anos da Consolidação das Leis do Trabalho Brasileira, *Estudos do Século XX*, Coimbra, v. 13, 2013a, pp. 167-180,

_____. Meio ambiente do trabalho – a questão do poder empregatício e a violência do perverso narcísico, *Revista LTr*, São Paulo, v. 77, n. 08, agosto de 2013b, p. 903-908.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. Tradução Paulo Fontes. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

HIRANO, Ana Farias. *Acordos homologados pela Justiça do Trabalho: uma análise dos dissídios individuais na fase de conhecimento*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Volume I. Tomo 1. Tradução Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. Em: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (Orgs). *Ruy Mauro Marini: vida e obra*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. p. 131-186.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PACHUKANIS, Evgeni. *Teoria Geral do direito e marxismo*. Tradução José A. Cardoso. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAZELLO, Ricardo. *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

RELATÓRIODEPROCESSOSTRABALHISTASDE2011.Disponívelem:<<https://pje.trt18.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=13032210525710700000000246924>>. Luiziana, 2011. Acesso em: 24 ago. 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. *Revista LTr*, São Paulo, SP, v. 71, n.11, nov. 2007, p. 1317-1323.

_____. O desrespeito aos direitos trabalhistas como ato ilícito e o exercício abusivo desse ilícito. Em: _____. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Volume I. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. p. 755-762.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. A Justiça do Trabalho e a repetição da forma-valor, *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 7, n. 13, 2016, p. 145-175.

**PARTE II – TRABALHO E
DIREITOS SOCIAIS**

O DIREITO AO TRABALHO COMO PATRIMÔNIO JURÍDICO MÍNIMO A SER GARANTIDO AO CIDADÃO

Cintia Mayara Eufrásio¹⁰⁰

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Estado brasileiro, de forma pioneira passou a enxergar o homem não apenas em sua individualidade, mas sim como ser social e político dotado de aspirações e necessidades, necessitando, assim, de instrumentos capazes de construir o seu próprio bem-estar. Esta nova ordem jurídica instaurada trouxe os Direitos Fundamentais de um modo que sua efetivação constitui um dever não só do Estado, mas de toda a sociedade.

Nesse ponto, o trabalho passa a ser considerado como um meio legítimo de se assegurar uma vida digna a toda coletividade. Nesse sentido, faz-se relevante a análise da fundamentalidade jurídica atribuída ao trabalho na Constituição da

100 Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade União (2013). Graduada em DIREITO pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2012). Professora do curso de Direito da Universidade do Contestado – UnC. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional - GP-TREC, coordenado pelo Prof. Wilson Ramos Filho. Advogada atuante principalmente na área de Direito em Direitos Fundamentais e Democracia nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

República de 1988, agregando a ordem social pilares como a valoração do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a pesquisa teve como objetivo geral identificar no Direito ao Trabalho o seu caráter fundamental, sobretudo materialmente, e sua importância no processo de dignificação do cidadão, uma vez que paradoxalmente a uma vasta construção jurídica o Direito ao Trabalho padece de uma inefetividade prática. Busca-se assim um condicionamento material de tal direito com a vida prática das pessoas, apoiando-se em diversas outras áreas do saber, que não só a jurídica.

A pesquisa bibliográfica teve como marcos teórico **O Direito Fundamental ao Trabalho: fundamentação e exigibilidade**, de Leonardo Vieira Wandelli, **Trabalho e Emancipação**, de Christophe Dejours e o **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, de Luiz Edson Fachin.

Por meio da teoria psicanalítica de Christophe Dejours aliada a breves considerações sobre a teoria das necessidades, intenta-se demonstrar a imprescindibilidade do trabalho para a construção da identidade dos sujeitos e, do ponto de vista da saúde mental, pode acabar desencadeando o pior ou o melhor a depender da organização do trabalho em que o sujeito está inserido.

Quanto à abordagem da temática, inicialmente buscou-se estudar o conceito dos Direitos Fundamentais, analisando, então, a tutela dada ao Direito ao Trabalho no Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como sua fundamentalidade e importância enquanto patrimônio mínimo jurídico que deva ser garantido ao cidadão, em seguida, passou-se a esmiúça-lo como um patrimônio mínimo jurídico que deva ser garantido ao cidadão, a fim de que sirva de instrumento no seu processo de inclusão e dignificação social, bem como de materialização do princípio constitucional da dignidade humana.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM E SUA EFICÁCIA

Com relação aos Direitos Fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, podem ser designados por Direitos Fundamentais todos os Direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os Direitos Fundamentais são aqueles Direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de mudan-

ça dificultada, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição (BONAVIDES, 2006, p. 561).

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 197), eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).

A Constituição Federal de 1988 não trouxe expressamente em seu texto a hipótese de se vincular as relações celebradas entre particulares aos Direitos Fundamentais, ou seja, tais garantias apenas pautariam as relações entre Estado e particular (eficácia vertical), deixando as relações de natureza privada a cargo da tutela do seu ramo adequado (Direito Civil, Direito do trabalho, etc.).

Como dito anteriormente, a função primordial dos direitos fundamentais (em especial os de primeira dimensão) seria impor ao Estado uma abstenção frente à autonomia privada do indivíduo, ou seja, criar obrigações de não fazer e de não interferir na esfera particular de cada cidadão. Dessa forma, pode-se afirmar que a aplicação de tais normas nas relações entre Estado e particular resta evidente, não cabendo maiores discussões.

O que se busca analisar é a possibilidade dos efeitos dos Direitos Fundamentais deixarem de ser apenas verticais perante o Estado e passarem a ser horizontais perante as entidades privadas (eficácia horizontal).

Robert Alexy (ALEXY, 2008, p. 524) analisa tal hipótese como indispensável à organização das relações entre particulares, como se denota:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Poder Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Essa influência é especialmente

clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.

Nesta linha de raciocínio, Sarlet (SARLET, 2007, p. 398) expõe com propriedade:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontram particularmente ameaçadas.

Dessa forma, conclui-se em um primeiro momento ser admissível a existência de uma eficácia horizontal às normas de Direitos Fundamentais, restando saber posteriormente em que níveis se dariam tal eficácia, como bem enfatiza Alexy (ALEXY, 2008, p.528):

Atualmente a idéia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem.

De outro lado, se a conceituação exata dos Direitos Fundamentais e a delimitação dos seus efeitos se mostra muitas vezes limitada e de difícil realização, muito se deve à existência de uma imprecisão acerca fundamentação de tais direitos.

Bobbio afirmou em sua obra *A era dos direitos* que “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los” (BOBBIO, 1992). Contudo o que se pretende demonstrar no presente trabalho é que a dificuldade na concretização de tais direitos se dá justamente pela falta de fundamentação, sobremaneira a fundamentação material. Segundo a orientação de Joaquín Herrera Flores para proteger os direitos humanos é indispensável repensar-se a sua fundamentação (HERRERA FLORES *apud* WANDELLI, 2012, p. 23-24). O que se pretende demonstrar, especificamente e com o apoio de outras áreas do saber é a fundamentabilidade do direito ao trabalho.

A FUNDAMENTABILIDADE MATERIAL DO DIREITO AO TRABALHO: DIGNIFICAÇÃO SOCIAL X PARADOXAL INEFICIÊNCIA

A dignidade da pessoa humana serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade (MELO, 2006).

Em Kant o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Dizia ele: “[...] o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (KANT, 1995, p. 64).

Consequentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional prescreve que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado (SANTOS, 2001).

Tal postulado fundamental acolhido pelo ordenamento jurídico pátrio impõe, desde logo, que o homem, enquanto personagem principal da sociedade, jamais seja exposto a quaisquer situações capazes de macular a dignidade e as condi-

ções mínimas que se mostrem necessárias à manutenção do seu *status* humano essencial.

De outro lado, sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de auto-afirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida (MORAES FILHO, 2010, p. 674).

A ideia de fundamentalidade se submete aos liames traçados por uma determinada Constituição, no caso brasileiro a de 1988, na medida em que o próprio texto fornece critérios normativos e interpretativos a serem levados em conta no exame de quais direitos assumem o caráter de fundamental. No tocante ao direito ao trabalho, as análises realizadas até o presente momento nos autorizam a concluir que se trata de um direito elevado à categoria de fundamental no ordenamento jurídico pátrio, eis que a sua normativa base está prevista no art. 6º, Capítulo II, do Título II, ou seja, está contido no catálogo de direitos fundamentais da Constituição da República de 1988 (FONSECA, 2009, p. 142).

Ainda analisando a Constituição pátria, percebe-se que os chamados Direitos Sociais encontram-se elencados no seu Título II, o mesmo que trata dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que sob um aspecto normativo, os direitos sociais também sejam considerados direitos fundamentais.

Resta claro que o direito ao trabalho proclamado no art. 6º do texto constitucional, constitui-se como um direito fundamental inerente à própria pessoa humana, abrangendo todo e qualquer cidadão, e não apenas aqueles que prestam serviços por força de uma relação empregatícia¹⁰¹. O que se denota do exposto, é que o direito ao trabalho se traduz como um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal, e o grande desafio que se impõe ao direito do trabalho é o de preservá-lo, buscando soluções permanentemente a fim de que tal garantia seja uma fonte de dignificação social a todos os cidadãos.

101 Tutela diferente é que encontramos a partir do art. 7º do texto constitucional, no qual se fazem presentes os direitos sociais trabalhistas, ou as chamadas normas de direito do trabalho, que por estarem no mesmo título, também assumem o status de direitos fundamentais, mas são dotadas de um caráter mais regulatório das relações laborais e menos garantidor do próprio acesso ao emprego.

No entanto, em que pese o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho e todas as construções jurídicas dadas ao mesmo, a indagação que se faz, nas palavras de Leonardo Wandelli, é o que teria levado ao esvaziamento de tal direito, a negação do trabalho vivo e a constante desrealização dos trabalhadores, ou seja, a uma paradoxal inefetividade? (WANDELLI, 2012, p. 31).

Ainda segundo o Autor, ao mesmo tempo em que as lutas sociais se direcionaram para as questões econômicas, houve o abandono das reivindicações sobre o modo de organização do trabalho juntamente com uma visão negativa do trabalhar como algo marcado pela necessidade, visto como mal necessário o qual tão melhor seria se pudesse ser evitado (WANDELLI, 2012, p. 24).

Atualmente está-se diante de um direito que já nasce impotente, nem ao menos vê-se uma dimensão negativa do direito do trabalho que pudesse impor limites as ações do Estado potencialmente violadores (WANDELLI, 2012, p. 40).

A modernidade corroe o direito ao trabalho, reduzindo o trabalho humano a um produto de valor para o capital e tão somente meio de subsistência ao trabalhador, o que nem sempre guarda similitude com uma visão aceitável de vida digna (WANDELLI, 2012, p. 43).

As modernas formas de gestão empresarial vêm cada vez mais aprimorando as estratégias de sequestro da subjetividade dos trabalhadores para aumento da produtividade, promovendo a individualização e a promoção da competição entre os colegas de trabalho, reforçam assim a depreciação da solidariedade no coletivo do trabalho e por via de consequência do trabalho em si (WANDELLI, 2012, p. 179)..¹⁰²

As transformações ocorridas ao longo da onda neoliberal contribuíram para a liquefação das relações de trabalho com sucessivas substituições, um incremento das práticas mais perversas e repugnantes nas organizações de trabalho¹⁰³, que inclusive são vistas com ar de naturalidade, encaradas como métodos modernos de

102 Segundo Polanyi, no entanto, o mercado capitalista depende que lhe imponham limites regulativos que contenham sua tendência autodestrutiva, impondo regras que coloquem limites a exploração das formas de vida comum do povo – do trabalho- assegurando assim, a reprodução da força de trabalho com as capacidades necessárias para tal, que o mercado tende a destruir. (POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000).

103 Segundo Michael Sandel em sua obra que discute os limites morais do mercado, ou a falta de limites, em uma sociedade regida pela tirania acumulativa do ter, o dinheiro se torna o passaporte para instantes de gozo de uma vida materialista, cujo eixo gira em torno de uma subjetividade cada vez mais dessubstancializada, legitimando práticas inescrupulosas que fomentam a exploração humana por um sistema econômico que impede o alcance da genuína autorrealização pessoal.

gestão, aparentemente neutras. Tal precarização e vulnerabilização das relações de trabalho desestabilizam, o que se verá adiante, a dinâmica de construção da identidade dos trabalhadores, de modo que, a sociedade da eficiência – da produtividade – é aquela que mais desperdiça capacidades humanas, exibindo uma vergonhosa ineficiência do ponto de vista das necessidades individuais e sociais (WANDELLI, 2012, p. 204).¹⁰⁴

Nas palavras de David Sánches Rubio, no atual contexto da civilização há um incremento despreocupado das desigualdades sociais e de situações em que as pessoas não detêm condições para sobreviver, com um patamar mínimo de dignidade. Não só pela carência de bens necessários para edificar projetos de vida, mas principalmente pelos processos de empobrecimento do trabalho, o qual é o meio gerador das opções de vida por excelência (RUBIO *in* WOLKMER, 2004, p. 139-140).

Nesses parâmetros, o sistema capitalista estrategicamente camufla a essência do trabalho humano e anula o reconhecimento dos sujeitos. A possibilidade de se obter aquilo que o sistema do trabalho não pode oferecer por meio de serviços sociais, em princípio não é negativo, mas se tomar como viés absoluto a dimensão secundária do esforço humano, convence a todos que o direito ao trabalho não é

(SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. De Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilizacao Brasileira, 2012).

104 Por meio das novas técnicas de gestão introduzidas pelo ideário neoliberal, busca-se a eficiência através da flexibilização das empresas organizadas em rede, com equipes orientadas para satisfação de seus acionistas e de seus clientes (nessa ordem de preferência) por meio da mobilização geral de seus colaboradores atemorizados pela possibilidade de perder o emprego. Em razão da intensificação da preferência por contratos precários, a rotatividade dos trabalhadores, a captura da subjetividade, a substituição constante de empregados de maiores custos para de menores, tudo isso faz com que o trabalhador preocupe-se com a sua empregabilidade para conseguir nova colocação no mercado. Esta empregabilidade como atributo pessoal a ser buscado individualmente na empresa amplia o mal-estar laboral. Trata-se da sujeição voluntária à maneira de existir no mundo global, pressupondo a apropriação da mais-valia pelas classes detentoras dos meios de produção. Com os novos métodos de gestão houve um incremento daqueles controles e do mal-estar laboral e dos fatores nocivos, agregou-se novos elementos e sem contrapartidas, dentre as novas formas de produção de mal-estar, estão a superposição de ansiedades, metas individuais e coletivas, a permanente busca pela superação dos resultados obtidos, abandonando a ideia de mensuração com base no trabalhador médio. Caso o trabalhador não atenda às expectativas da empresa desenvolve um sentimento de derrota, fracasso, sem o seu buscado reconhecimento acaba tangenciando até mesmo hipóteses de suicídio. RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho**: histórias mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTR, 2012, P. 380-386.

essencial e, convence aos mais desfavorecidos de que não tem condição alguma de autorrealizar-se (RUBIO *in* WOLKMER, 2004, p. 170-172).

Em suma, o que pretende esclarecer Sánchez Rubio é que o direito ao trabalho vem primeiro, o pão, a saúde, a educação vem depois. Em uma perspectiva da dignidade da pessoa humana e do direito de autorrealização, não se trata de proporcionar o pão sem trabalho (RUBIO *in* WOLKMER, 2004, p. 170-172).

Trata-se, portanto de averiguar os elementos materiais, reunidos em diversos campos do saber, relacionados à vida concreta das pessoas que possam reivindicar um trabalho que corresponda a esse direito fundamental reiteradamente reconhecido, não como fim último, “mas como mediações para bens que realizam as necessidades humanas de sujeitos reais vivendo em sociedade” (WANDELLI, 2012, p. 27).

Fundamentos do direito ao trabalho como Patrimônio Mínimo Jurídico a ser protegido

Com as atualizações de uma sociedade marcada por sua mutabilidade, as necessidades humanas diariamente se renovam, dando origem a formas mais complexas e variáveis.

Diante de tal cenário, não pode o jurista alhear-se como em “torre de marfim” nos esquemas de uma ciência puramente lógica. De vez em quando, há de curvar-se para o que se apresenta ao seu redor, a fim de se avaliar e criticar os seus próprios juízos de valor, vendo a que distância o formulário estreito de uma contingente ordenação fica dos novos interesses e das reais aspirações práticas. No fundo, o que dita esta posição renovadora da ciência jurídica é o pensamento de que ela será acima de tudo uma ciência humana, compenetrada dos seus próprios deveres e limitações, do que lhe compete em atividade interpretativa, construtiva e até, por vezes, corretiva das normas. Assim, temos que os princípios jurídicos têm de sofrer, como quaisquer outros, inevitável “condicionamento material da vida”, sob pena de mostrarem inaplicáveis no mundo dos fatos (CARVALHO *apud* FACHIN, 2006, p. 235).

A garantia pessoal de um patrimônio mínimo, do qual ninguém pode se assenhorear forçadamente, sob hipótese legítima alguma, pode ser um novo horizonte interpretativo dos princípios que sustentam o ordenamento jurídico pátrio. Conferir guarida a um patrimônio mínimo que garanta a sobrevivência de alguém

não é proceder que deva relegar a preocupação com aqueles que, no Brasil, nada ou pouquíssimo têm (FACHIN, 2006, p. 286-288).

A existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o direito na defesa de um patrimônio mínimo. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. A noção do patrimônio personalíssimo, assumidamente paradoxal, está agregada à verificação concreta de uma real esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades (FACHIN, 2006, p. 5).

Assim, delimitar a relação entre direito ao trabalho e necessidades, nas palavras de Leonardo Wandelli, contribuirá decisivamente para reverter o esvaziamento desse direito.

Contudo, existe um aspecto a ser superado quando se traz a baila a teoria das necessidades, uma vez que não há como definir quais seriam as necessidades universais, verdadeiras, absolutas ou até mesmo básicas, de modo que somente haveria necessidades a serem definidas a partir da contingência de cada particular cultura, sob pena de estabelecer-se uma ditadura das necessidades, baseada em um pré-compreensão de bem (HELLER *apud* WANDELLI, 2012, p. 83).

Da mesma forma, incabível uma teoria das necessidades que as reduza a um mínimo biológico ou de subsistência, incompatível com a própria dignidade humana, a partir dessa perspectiva, a qual Wandelli denomina cética, o direito do trabalho não seria ele mesmo fundamental, mas apenas elegível, do mesmo modo, o valor do trabalho seria apenas contingente à satisfação das necessidades, assim, não tendo um valor próprio poderia muito bem ser substituído por prestações de subsistência (WANDELLI, 2012, p. 84).

Franz Hinkelammert em sua teoria denominada racionalidade reprodutiva do sujeito propõem analisar o sujeito como objeto, recolocando-o no estudo das ciências empíricas, de modo que é a partir da vida que se abre para o sujeito o seu campo de valores, determinando as condições de possibilidade da vida humana e de seu projeto de vida. Segundo essa teoria, o leque de possibilidades abertos ao sujeito é muito diversificado, no entanto é finito. A satisfação das necessidades a curto e longo prazo delimitam os marcos de factibilidade dos projetos de vida válidos elegíveis (HINKELAMMERT *apud* WANDELLI, 2012).

Em suma, as necessidades não só determinam a participação em dada forma de vida em condições de realizar seus próprios objetivos, possibilitando a autorre-

alização e a eleição e avaliação de projetos de vida quanto à sua possibilidade em termos de reprodução sustentada da vida humana.

Tomando por base a teoria da racionalidade reprodutiva, a qual tem por cerne a delimitação dos marcos de factibilidade das escolhas, resta claro que as necessidades não são redutíveis a meros interesses pessoais, pretende sim obter um critério avaliativo que independe daqueles, fornecendo razões objetivas para pretensões e propiciando a fundamentação de direitos.

Nesse aspecto é correto falar da necessidade de um patrimônio mínimo para possibilitar a realização das escolhas de cada um, como sendo uma parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa que deverá ser protegida contra a influência de quem quer que seja, eis que afetada para o atendimento de suas necessidades objetivas.

Relacionando a garantia de um patrimônio mínimo à dignidade humana, percebem-se os principais fundamentos do “mínimo existencial”, cujo fundamento constitucional se extrai dos objetivos da República quanto à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais; dos fins da ordem econômica, pautados na justiça social e na promoção da dignidade de todos. O patrimônio mínimo é um instrumento de fomento à cidadania, justificando-se como aquela parcela básica do patrimônio essencial ao atendimento das necessidades elementares da pessoa humana, do mínimo existencial (MENEZES, PINTO, 2011, p. 7372).

O Professor Luiz Edson Fachin busca desenhar a necessidade de se garantir ao cidadão um patrimônio que jamais possa ser afetado, seja por particulares, seja pelo Poder Público. Tal esfera patrimonial mínima seria o “escape” do cidadão para que este garanta sua dignidade diante dos movimentos econômicos e sociais. Busca-se, na verdade, estender a tese da garantia do patrimônio mínimo a bens não mensuráveis pecuniariamente, mas que se mostram tão ou mais importantes que as garantias já trazidas pelo legislador, e nesse ponto questiona-se o papel do direito ao trabalho enquanto patrimônio mínimo jurídico que deva ser garantido ao cidadão para que este busque a sua dignificação social.

Adiante, ante a teoria de Christophe Dejours, demonstrar-se-á que o direito ao trabalho não serve unicamente a assegurar um meio instrumental de ganhar a vida, mas principalmente, cumpre uma função determinante na construção da autonomia do sujeito, na formação da identidade e na transformação do ser humano, assim o trabalho é ele mesmo uma necessidade (WANDELLI, 2012, p. 138).

O trabalho vivo como instrumento de construção da identidade dos sujeitos

O que pretende-se demonstrar nesse tópico, tomando como marco teórico o psicanalista francês Christophe Dejours e sua teoria do trabalho vivo, é a essencialidade do trabalho como mediador da luta pela realização, pela construção da identidade de cada um, situando o trabalho em uma dimensão positiva de prazer e emancipação. Afirma que o trabalho é e sempre será a origem da riqueza, do ponto de vista da saúde mental pode vir a desencadear o pior ou o melhor, diante disso defende o que chama de “virada gestonária” pela qual a organização do trabalho passaria a reorientar seus pressupostos intelectuais com vistas a uma organização mais saudável (DEJOURS, 2012, p. 207-212).

Para Enrique Dussel, em sua obra *Ética da Libertação*, o trabalho vivo é exterior ao Capital, é o trabalho que ainda não foi objetivado – não foi subsumido pelo Capital, trabalho vivo seria a dimensão irredutível do sujeito que resiste à subsunção. Seria o trabalho vivo a chave para criação da mais-valia.¹⁰⁵

Trabalho vivo é o trabalhar que preenche a lacuna existente entre o prescrito e o efetivo. O trabalho vivo se define como aquilo que o sujeito deve acrescentar às prescrições para atingir os objetivos que lhe são confiados ou o que ele deve dar de si mesmo para fazer frente ao que não funciona quando ele segue escrupulosamente a execução das prescrições (DEJOURS, 2012, p. 38).

Para superar o real é necessário que o sujeito mobilize sua inteligência, a qual Dejours denomina inteligência inventiva, o zelo que nenhuma organização pode prescindir, assim o trabalho vivo é ineliminável.

No entanto, para o sujeito este enfrentamento com o real gera um sofrimento inevitável, haja vista toda mobilização de sua inteligência necessária para a solução de problemas cotidianos. Para o Autor, o sofrimento é um ponto de partida para a superação do real, ao mesmo tempo em que será uma impressão subjetiva

105 Para Dussel, o homem é violentamente coagido pelas condições objetivas ocasionadas pelo sistema do Capital, pelas quais só lhe resta morrer de fome ou vender sua capacidade de trabalho, deixando se der o outro e subsumindo ao Capital. O Sujeito, o qual chama de vítima, sofre por não ser pago por seu trabalho materializando em riqueza para o Capital, assim, no mais-tempo de mais-trabalho o trabalhador cria “do nada” a mais-valia, cuja fonte criadora é a própria subjetividade da corporalidade da pessoa. DUSSEL, Enrique. *LA PRODUCCIÓN TEÓRICA DE MARX: un comentario a los Grundrisse*. México (D.F.), Siglo XXI, 1985, p. 336-370.

do mundo será também a origem do movimento de conquista do mundo (DEJOURS, 2012, p. 111-115).

A experiência afetiva do sofrimento é inerente ao trabalhar e por meio deste reconhecimento o sujeito transforma tal sentimento em prazer. Assim, Dejours nos faz a seguinte indagação, em que condições os homens se engajam na dinâmica da construção da organização do trabalho?

O grande desafio da gestão de recursos humanos é *ultrapassar o obstáculo da impossibilidade de prescrever o desejo de cooperar*, assim as empresas lançam apelos a esta mobilização, sem a qual nenhuma organização sobreviveria, pois trata-se de uma contribuição específica e insubstituível que somente pode ser prestada por parte dos trabalhadores. De outro lado, a ausência da perspectiva do reconhecimento ou então a rejeição sistemática por parte da administração gestor das iniciativas dos trabalhadores ou do seu desejo de contribuir, colocando-os em um espaço de mera obediência ou passividade, leva-os sem dúvida a desmobilização e o conseqüente adoecimento mental, pois acabam desconstruindo a sua identidade subjetiva (DEJOURS, 2012, p. 103-108).

Tal reconhecimento recai sobre o trabalhar, sobre o trabalho realizado, e não sobre o sujeito e se dá mediante a construção rigorosa de julgamentos. Desta feita, a relação entre identidade e trabalho é também mediatizada pelo *outro* no julgamento de reconhecimento. O que leva os sujeitos a mobilizarem o zelo na realização de suas tarefas é justamente esse sentimento de utilidade e expectativa de reconhecimento, tanto por parte de seus empregadores quanto pelos seus pares, retribuição esta que só o trabalho agrega à subjetividade.

Assim, para que ocorra por parte dos sujeitos essa mobilização subjetiva se faz necessário o reconhecimento. É exatamente por meio desta dinâmica entre contribuição e reconhecimento que se dá a construção da identidade subjetiva de cada qual, identidade esta nomeada pelo autor de *armadura mental* (DEJOURS, 2012, p. 103-104).

É por isso que, segundo o Professor Leonardo Wandelli, as situações em que o trabalhador é posto na “geladeira” sem possibilidade de contribuição reconhecida ou até mesmo casos de desemprego prolongado podem ser sobremaneira agressivos a saúde mental, porquanto o sentimento de inutilidade perante o outro pode levar à descompensação psíco-somática daquele (WANDELLI, 2012, p. 172).

O que se busca com todo esse desenvolvimento é demonstrar justamente a fundamentabilidade do direito ao trabalho para a construção da identidade subjetiva e da manutenção da saúde mental do trabalhador, pelo que o trabalho não

pode ser visto de forma negativa como mal necessário à subsistência material do sujeito, tampouco pode ser substituído por medidas de prestação assistencial.¹⁰⁶

O trabalho é e sempre será um mediador insubstituível na luta pela realização em si mesmo, segundo Dejours se o trabalho é capaz de produzir o pior e também produzir o melhor. No trabalho pode-se aprender o melhor, o respeito com a dignidade do outro, a cautela, a entreatajuda, a solidariedade, a implicação nos espaços de deliberação, e a aprendizagem dos princípios mesmo da democracia, conquanto pode-se aprender o pior, a instrumentalização do outro, a duplicidade, a deslealdade, o cada-um-por-si, a covardia, o mutismo (DEJOURS, 2012, p. 209).

O trabalho é uma provação da qual a identidade pode sair fortalecida, ao ponto que uma vida de trabalho pode abrir um verdadeiro processo de realização de si, de emancipação, processo este para o qual é imprescindível uma organização de trabalho saudável onde não haja precarização das condições de existência dos trabalhadores. Da provação do trabalho o sujeito pode sair tanto engrandecido como diminuído (DEJOURS, 2012, p. 210).

Do ponto de vista da emancipação, no trabalho há sempre um espaço para a luta social, pois o trabalho vivo é essencial ao sistema, ainda que sistema de dominação, assim para que o trabalho possa gerar o melhor é necessário que se repense as relações entre subjetividade, trabalho e ação (DEJOURS, 2012, p. 210).¹⁰⁷

Uma política de organização do trabalho, racional no plano axiológico, deveria ter como objetivo central assegurar as condições propícias ao reconhecimento do fazer porque este é condição essencial de inscrição da relação com o trabalho na construção e na proteção da saúde mental.

Em conclusão, Leonardo Wandelli, ante a identificação de tais necessidades em relação à exigibilidade do direito ao trabalho, afirma que poderiam ser tradu-

106 De outro lado a teoria do trabalho vivo não diz respeito apenas a ordem individual, visa também uma nova política de trabalho com o intuito de não apenas evitar as doenças mentais no trabalho, mas sim recuperar os laços de solidariedade e as possibilidades de realização atuando nos meios de organização do trabalho, buscando assim a emancipação, uma vez que o Direito do Trabalho não pode colaborar com a reprodução de um sistema de dominação (DEJOURS, Christophe. **Travail vivant 2: Travail et emancipation**. Paris, Payot, 2009. São Paulo, Paralelo 15, 2012, Tradução Franck Soudant, tomo II, p. 103.104).

107 Para Dussel, a tomada de consciência como atitude ético-crítica vem à tona a partir da corporalidade excluída, do isolamento e da coisificação do trabalhador. Tal consciência seria o caminho do reconhecimento da dignidade de si. DUSSEL, Enrique. **LA PRODUCCIÓN TEÓRICA DE MARX: un comentario a los Grundrisse**. México (D.F.), Siglo XXI, 1985, p. 336-370

zidos em direitos, ainda em um sentido pré-jurídico, o direito à contribuição, ao desenvolvimento das capacidades, às condições necessárias à cooperação, à sublimação, ao reconhecimento, à solidariedade nas relações coletivas, os modelos de gestão organizacional, assim, contribuindo para a instituição de parâmetros normativos que favoreçam a reapropriação, pelos sujeitos, do conteúdo do próprio trabalho e a consequente construção de sua identidade individual e coletiva (WANDELLI, 2012, p. 49).

CONCLUSÕES: CONDIÇÕES DE TRABALHO COMO PATRIMÔNIO MÍNIMO JURÍDICO GARANTIDO AO CIDADÃO

Durante toda a história da humanidade o homem lutou para que conseguisse um lugar na sociedade e que ali construísse sua vida de forma digna e justa e o Direito Fundamental ao Trabalho é inegavelmente o principal propulsor de construção.

O trabalho humano já assumiu diversas facetas, passando de um castigo bíblico até se transformar em um direito social reconhecido na Constituição da República. É evidente que o trabalho possui, por si só, uma importância social inquestionável, sendo que através dele a sociedade se desenvolve e o homem passa a ser capaz de garantir seu sustento e sua dignidade.

O trabalho é e sempre será fonte de toda a riqueza e também mediador insubstituível para a realização pessoal, contudo, ante toda essa importância e em face da vasta fundamentabilidade jurídica, o Direito ao Trabalho sofre de uma paradoxal ineficiência, nas palavras de Leonardo Wandelli. As modernas formas de gestão empresarial buscam atacar os fundamentos de tal direito, alienando a força de trabalho unicamente a serviço do Capital, anulando sua capacidade de mediar a construção da identidade dos sujeitos e, em muitos casos levando ao adoecimento mental.

Aceitar passivamente a implementação dessa espécie de modelos organizacionais nocivos à integridade psíquica dos sujeitos se mostra equivalente a aliar-se ao sistema opressor imposto pelo modelo tecnológico e de substituição de mão de obra das grandes empresas, em detrimento das grandes massas de trabalhadores.

Assim, diante de tais fundamentos e da análise acerca da importância do direito ao trabalho dentro de uma sociedade, a pesquisa buscou analisar a possi-

bilidade de o labor humano ser tratado como um patrimônio mínimo jurídico garantido ao cidadão, mesmo que em potencial, ante a imprescindibilidade de se estabelecer garantias mínimas que visem à dignificação do homem enquanto personagem principal de um ordenamento jurídico.

Para tanto se valeu da teoria do psicanalista Christophe Dejours, a qual demonstra que o trabalho é um instrumento insubstituível para luta pela realização pessoal social de cada um dos sujeitos, situando o trabalho em uma dimensão positiva de prazer e emancipação em contrapartida ao pensamento de muitos que vêm o mesmo como um mal necessário.

Neste sentido, sendo o trabalho um direito fundamental por excelência e tutelado pela Constituição da República como tal, resta evidente a possibilidade de se conjugar a garantia constitucional do labor humano com a necessidade de se assegurar um patrimônio mínimo jurídico ao homem, a fim de que este se torne um cidadão pleno através de sua força laboral, promovendo não só a sua subsistência, mas a sua própria inclusão social.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 14, 2006, Florianópolis, *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro. Os Direitos da Pessoa Humana - Tutela e Limitações pelo Estado na Ordem Social. *Universo Jurídico*. São Paulo, 19 jun. 1998. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/4493/Os_Direitos_da_Pessoa_Humana_Tutela_e_Limitacoes_pelo_Estado_na_Ordem_Social>. Acesso em: 14 jun. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; SOUZA, Allan Rocha de. Os efeitos dos direitos fundamentais constitucionais nas relações de direito civil brasileiras. In: XIV Congresso Nacional do CONPEDI, 14, 2006, Florianópolis, *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2006.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. *Diritto & Diritti*. Roma, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/31138-os-direitos-fundamentais-e-a-constitucionaliza-o-do-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

ANJOS, Fernanda Alves dos. Direito do Trabalho: um direito democrático na sua origem. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Teoria geral dos direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO; Inocêncio Mártires, MENDES; Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º mai. 1943.

DEJOURS, Christophe. *Travail vivant I: Travail et sexualité*. Paris, Payot, 2009. São Paulo, Paralelo 15, 2012, Tradução Franck Soudant, tomo I.

_____. *Travail vivant 2: Travail et émancipation*. Paris, Payot, 2009. São Paulo, Paralelo 15, 2012, Tradução Franck Soudant, tomo II.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na relação de Trabalho. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Campo Mourão, v.1, n.12, mai/jun 2006.

DUSSEL, Enrique. *La producción teórica de marx: un comentario a los Grundrisse*. México (D.F.), Siglo XXI, 1985.

_____. *O último Marx (1863-1882). e a filosofia latinoamericana: um comentário à terceira e à quarta redação de O Capital*. México, Madrid, Bogotá: Iztapalapa e Siglo Ventiuno editores, 1990:309

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao Trabalho: Um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: Forense, 1981.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. A Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, limites e possibilidades. *Revista Discurso Jurídico Campo Mourão*, Campo Mourão, v.4, n.2. ago/dez 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Vanderlei Schneider de. *Direito do Trabalho: Flexibilização e Desregulamentação*. Ponta Grossa: UEPG, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Nehemias Domingos de. O princípio da dignidade humana e a interpretação dos Direitos Humanos. *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, São Paulo, v.1, n.12, mai/jun 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; PINTO, Laura Anísia Moreira de Sousa. Patrimônio Mínimo e Princípio da Dignidade Humana – Uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2011.

MINARDI, Fábio Freitas. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e a aplicação da teoria da eficácia horizontal. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, Abr. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/115/57>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2010.

NOGUEIRA, Lilian Kátiusca Melo. As interfaces da flexibilização trabalhista à brasileira. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2011.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAMOS, Yara Chaves Galdino. *O Direito ao Trabalho e seu Fundamento Constitucional*. 2005. 1 vol. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: histórias mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTR, 2012.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes; PAGANI, Marcella. O Direito do Trabalho e Todos os Trabalhos com Direitos. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2011.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípio de Direito do Trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1978.

RÚBIO, David Sánchez. Direitos humanos, ética da vida e trabalho vivo. IN: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia na jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. De Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilizacao Brasileira, 2012.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jusnavigandi*. Teresina, 01 mar. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 15 set. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Fernanda Heloisa Macedo, MASSINE, Maiara Cristina Lima. A flexibilização do direito do trabalho e a constituição federal de 1988. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília: Fundação Boiteux, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito Humano e fundamental ao trabalho*. Fundamentação e exigibilidade. LTr. 2012.

NEO-ESCRavidÃO: NADA SENÃO CAPITALISMO

Gabriela Caramuru Teles¹⁰⁸

1. INTRODUÇÃO

O trabalho é a base da atividade econômica. Consiste na ação criadora de toda a riqueza social que cerca o homem para a satisfação de suas necessidades. É através do trabalho que o homem interage com a natureza criando valores de uso. O trabalho consiste no meio de apropriação dos recursos, produzidos ou preexistentes, para a produção de riquezas ou bens necessários. Sendo, portanto, construtor da humanidade.

Conforme José Paulo Netto, o trabalho diferencia o homem dos outros animais por ser uma atividade que ao atuar na matéria natural é mediado por instrumentos cada vez mais complexos. Ademais, ao contrário dos animais, é no trabalho que o homem desenvolve habilidades e conhecimentos, não por determinações genéticas, mas por aprendizado. E por fim, o trabalho diferencia o homem, por atender a uma série praticamente infinita de novas necessidades.¹⁰⁹

Aduz Marx:

108 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), mestranda em Tecnologia pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). E-mail: caramuru.ga@gmail.com.

109 Netto, Economia política. p. 31.

Antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria natural como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes à sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar por meio desse movimento a natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza.¹¹⁰

Sendo assim, é o trabalho uma atividade antecipada idealmente pelo homem, através de uma finalidade planejada antes do desenvolvimento da ação. A realização do trabalho, dessa maneira, constitui uma objetivação do sujeito que o efetua.¹¹¹

O trabalho é uma atividade coletiva entre os homens, e como verificamos acima em Marx, não transforma apenas a matéria natural (isto é: o objeto do trabalho), mas o próprio homem (seu sujeito), tornando-o, dentro desse processo histórico de trabalho necessariamente coletivo, um ser social.

Entretanto, o trabalho não existe genericamente, sempre igual em todos períodos históricos, mas em diversas formas sociais.

No capitalismo, a partir da propriedade dos meios de produção e da divisão social do trabalho, o produto do trabalho humano resta dividido em etapas de produção e sob propriedade do capitalista

Em certa forma da divisão social do trabalho, os produtores aparecem separados entre si e a força de trabalho e o produto do trabalho aparecem sob a forma mercadoria. No modelo capitalista de produção, o trabalho torna-se uma atividade de sofrimento, usurpação e alienação¹¹²:

Em determinadas condições histórico sociais, os produtos do trabalho e da imaginação humanos deixam de se mostrar como objetivações que expressam a humanidade dos homens – aparecem mesmo como algo que, escapando ao seu controle, passa a controlá-los como

110 Marx, Karl. O capital. p, 142.

111 Netto, Economia política. p, 32.

112 Konder, Leandro. O que é dialética? p, 29.

um poder que lhes é superior. Nessas condições, as objetivações, ao invés de se revelarem aos homens como a expressão de suas forças sociais vitais, impõem-se a eles como exteriores e transcendentos.¹¹³

Dessa maneira, a partir da divisão do trabalho e da separação do trabalhador do meio de produção em face a propriedade privada, as forças produtivas tornam-se independentes dos indivíduos, vez que, *os indivíduos existem como indivíduos dispersos e em oposição uns aos outros, enquanto que essas forças, por outro lado, são forças reais no comércio e na interdependência desse indivíduos*. Sendo assim, suas forças destinam-se não mais ao indivíduo, mas a propriedade privada, logo, apenas aos indivíduos proprietários.¹¹⁴

Aos não proprietários, cabe a venda da força de trabalho em condições inerentes ao modelo de produção capitalista, que permanecem nos relatos de trabalhadores no ano de 2013 (submetidos a condições de trabalho análogo ao escravo), assim como no relato de J. Murray, de 12 anos, na Inglaterra de 1860 a 1863:

I run moulds and turn jigger (giro a roda). Eu chego às 6 horas, às vezes às 4 horas da manhã. Trabalhei durante toda a noite passada indo até as 6 horas da manhã. Eu não estive na cama desde a última noite. Além de mim trabalharam 8 ou 9 outros meninos toda a última noite. Todos, com exceção de um, retornaram esta manhã. Eu recebo semanalmente 3 xilins e 6 pence. Eu não recebo nada a mais quando trabalho toda a noite. Eu trabalhei na última semana durante 2 noites inteiras.¹¹⁵

O mais-produto, ou excedente, não é verificado apenas do regime capitalista, assim como não são distintas as condições degeneradas de labor do modelo de produção capitalista em relação a modelos anteriores como a corveia e a escravidão:

Tão logo porém os povos cuja produção se move ainda nas formas inferiores do trabalho escravo, corveia e etc., são arrastados a um

113 Netto, Economia política. p.44.

114 Marx, Karl. A ideologia alemã, p.81.

115 Marx, Karl. O capital, p.188.

mercado mundial, dominado pelo modo de produção capitalista, o qual desenvolve a venda de seus produtos no exterior como interesse preponderante, os horrores bárbaros da escravatura, da servidão, etc. são coroados com o horror civilizado do sobretrabalho.¹¹⁶

É o trabalho no capitalismo necessariamente explorado, precarizado e sob condições degradantes. Verificaremos no decorrer desse trabalho a impossibilidade de um trabalho descente nos marcos da economia do capital.

2. “ESCRavidÃO” CONTEMPORÂNEA

Diante da necessidade mais elementar de vendermos nossa força de trabalho para garantirmos a reprodução da vida, e o trabalho estranhado no Brasil ocupar pelo menos 1/3 de cada dia de vida dos homens e mulheres, Marx esclarece a anatomia da Sociedade Civil pautada na economia política e centralidade do trabalho.

Na produção social da vida, originam-se relações determinadas e independentes da vontade dos homens. Essas relações de produção correspondem a determinado momento de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O escravo, o servo, e atualmente o trabalhador assalariado, conforme os distintos momentos de desenvolvimento.

Para Marx, *“O conjunto das relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade(...) o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral.”*¹¹⁷

O modo de produção escravista, chamado por Marx de Mundo Antigo, foi verificado em torno de 3.000 anos a.c.. O escravagismo se consolidou na sociedade Grega e Romana, fundamentado exclusivamente na escravidão de prisioneiros de guerra e escravidão por dívida. No Brasil, apenas a escravidão negra, ou seja, a escravidão colonial, se consolidou.

A escravidão consiste na propriedade privada do trabalhador por seu proprietário. Conforme Netto: *Nesse modo de produção, o trabalho era realizado sob coerção aberta e o excedente produzido pelo produtor direto (o escravo) lhe era sub-*

116 Idem, p. 182.

117 Marx, Karl. Contribuição para a Crítica a Economia política. p. 22.

*traído mediate violência, real e potencial.*¹¹⁸ Tal postura era verificada tanto na escravidão antiga quanto na escravidão colonial brasileira.

No Brasil, a resistência por parte dos escravos, a crise na economia escravista açucareira e a possibilidade de trabalho imigrante em decorrência da destruição da Europa pós- 1ª Guerra originam relações de produção distintas da escrava.¹¹⁹

No desenvolvimento das forças produtivas, contradições materiais em seu meio nos permitem a solução dos antagonismos e:

Nenhuma formação social desaparece antes que se desenvolvam todas as forças produtivas que ela contém, e jamais aparecem relações de produção novas e mais altas antes de amadurecerem no seio da própria sociedade antiga as condições materiais para a sua existência.¹²⁰

Sendo assim, a humanidade se coloca objetivos que pode alcançar, objetivos que se criam somente quando já estão em gestação condições materiais para sua realização.

Conforme Gorender, um dos principais mercados da indústria propriamente capitalista brasileira de tecidos era a confecção de uniformes de escravos, ou seja, os escravos ainda eram consumidores e não compradores.

A abolição do modelo escravagista permitiu a acumulação de capital na medida em que a produção de mercadorias passava a ter mercado consumidor entre seus próprios trabalhadores (diferente do modelo escravagista). O trabalho assalariado garantia um rendimento suficiente aos trabalhadores para fazer circular as mercadorias produzidas pelo processo de extração da mais-valia. Dessa maneira, é a própria compra da força de trabalho que reproduz o modelo de produção e circulação de mercadorias necessário a acumulação de capital.

Não existe estagnação nas relações sociais. E assim como houve a superação do modelo de produção feudal e asiático, também uma nova forma de organização suplantou o modelo escravista antigo. É o movimento dialético da história.

118 Netto. Economia política. p. 67.

119 Jacob Gorender. O escravismo colonial. p. 51.

120 Marx, Karl. Contribuição a crítica da economia política. p. 17.

Isso acontece quando, em certo período de desenvolvimento, as forças produtivas materiais (instrumentos de produção, técnicas, tecnologias) não são mais compatíveis a forma de organização da produção.

Quando ocorre, as relações de produção atuais e sua expressão jurídica são óbices ao contínuo desenvolvimento das forças produtivas. Estala-se um período de revolução social. Bom exemplo é a necessidade da Revolução Francesa para combater o feudalismo e construir o capitalismo em novos marcos jurídicos burgueses, diante da transformação das forças produtivas ocorrida e da nova classe em ascensão: *“Ao mudar a base econômica, revoluciona-se, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura erigida sobre ela.”*¹²¹

No Brasil, a mudança superestrutural necessária para combater o trabalho escravo em direção ao trabalho assalariado nas relações de produção, se apresenta com a Lei 3.353, de 13 de maio de 1888. Tal positividade é a tentativa no campo da superestrutura de regulação e garantia jurídica do novo modelo.

O grande salto qualitativo aqui, fundado no movimento dialético de confronto entre contradições e superação dos modelos de produção sucumbe o escravismo antigo com a ascensão do feudalismo (no caso europeu), e o escravismo colonial pelo modelo de produção capitalista (no caso brasileiro).

Ao contrário do modelo escravagista, no modelo capitalista de produção, o potencial de trabalho, medido em tempo, é de propriedade do trabalhador, vendido como mercadoria força de trabalho ao capitalista.

Conforme a teoria do valor trabalho, todas as mercadorias criadas no modo de produção capitalista têm como medida universal de comparação e troca, a quantidade de tempo de trabalho socialmente necessário.

Isso acontece porque o valor do capital constante, da matéria prima, e do capital variável estão previamente acordados, mas é a quantidade de trabalho empregado que distingue e dá mais-valor a cada mercadoria.

O trabalho sob jugo do capital, ao invés de realizar os homens, passa a aliená-los do processo de produção, submetendo a força de trabalho ao mando do capitalista, para extração do mais-valor.

O capital (C) é composto de capital constante (c) – meios de produção, somado ao capital variável (v) – valor pago pela força de trabalho. Logo, $C = c + v$. Ao final do processo produtivo teremos $C = c + v + m$, ou $C' = c + v$, sendo C' o capital

121 Marx, Karl. Contribuição a crítica a economia política. p. 14.

com mais-valia. A letra (m) representa a mais-valia, que consiste no excedente de riqueza produzida pela força de trabalho em relação aos custos de produção (capital constante e capital variável)

A característica particular do modo de produção capitalista é a força de trabalho. A força de trabalho tem a particularidade de ser vendida no mercado, pois apresenta uma vantagem essencial, pilar do modelo produtivo. É a força de trabalho, energia potencial vendida (mediante salário) por determinado tempo, a única capaz de criar um elemento novo à produção, o valor.

Com a venda da força de trabalho, por determinado período de tempo, fica sob o domínio do comprador de trabalho a quantidade de valor produzida para além dos custos de produção.

Os salários pagos pelo comprador da força de trabalho são definidos pelo valor necessário a reprodução da classe trabalhadora em determinado período em cada sociedade. Da mesma maneira que o capitalista incluí nos custos de produção o desgaste das máquinas, é necessário manter viva a força de trabalho produtora de mais-valor. O valor da força de trabalho é medido pelo valor da cesta-básica em determinado momento histórico. Entretanto, esclarece Marx¹²², elementos históricos-sociais também componentes à determinação dos salários: a correlação de forças entre a classe trabalhadora e burguesa na disputa política dos interesses opostos das classes.

Conforme MARX, os lucros e os salários “*estão em razão inversa um do outro. A cota-parte do capital, o lucro, sobe na mesma proporção em que a cota-parte do trabalho, o salário, cai, e inversamente.*”¹²³ Dessa maneira, verificamos que serão maiores os lucros do capital conforme menores forem os salários aos trabalhadores. Estamos diante da busca inerente do capital pela precarização do trabalho.

Com salários reduzidos, maior é o lucro do capital. Diminuindo-se os custos de produção, com a precarização dos ambientes de labor, a chamada mais-valia absoluta*. Novamente é majorado o rendimento do proprietário da força de trabalho.

No modelo de produção da livre iniciativa, mesmo as limitações legais à extração do mais-valor são violadas pelos empregadores, aparecendo aqui a precarização tamanha do trabalho, comparada pragmaticamente as situações de escravidão.

122 Marx, Karl. Salário, preço e lucro. p. 50.

123 Marx, Karl. Trabalho assalariado e capital. p. 54

No que se refere à prática cotidiana do que se chama “trabalho escravo” no Brasil é necessário ser observada as distinções referentes ao modelo de produção escravagista e o modelo de produção capitalista.

O trabalho escravo que caracteriza o modelo de produção escravagista, consiste naquele em que o próprio trabalhador é propriedade do empregador. Em face da inerente tentativa de precarização do trabalho, e das conseqüentes barbáries do modelo capitalista de produção, o modelo escravista anterior é confundido com o trabalho precarizado, aquele decorrente da venda da força de trabalho e embutido na relação inversa entre salários dos trabalhadores e lucros dos capitalistas.

O próprio movimento dialético garante no modelo de produção capitalista a possibilidade de resquícios do modelo anterior escravagista concomitantes com as novas formas sociais capitalistas. Isso acontece, tendo em vista que a composição da tese futura é síntese de posições anteriores colocadas em contradição, e portanto, se compõe de elementos também da tese menos evoluída (o escravagismo). Nesse caso, é possível resquícios de escravidão colonial (aquela entendida na precisão do conceito) em meio ao modelo capitalista de produção pautado majoritariamente nas relações de venda da força de trabalho.

Cumprir destacar contudo, que não é particularidade do modelo escravagista as condições degradantes de trabalho. Pelo contrário, diante da lógica do capital é ainda mais essencial ao modelo produtivo capitalista o trabalho precarizado e sob condições indignas. Discorre Marx sobre a manufatura de fósforo inglesa: *A manufatura é tão mal-afamada, por ser insalubre e repugnante, que somente a parte mais degradada da classe trabalhadora, viúvas famintas, entre outras, cede-lhe crianças.*¹²⁴

O trabalho assalariado precarizado (seja por baixa ou intermitente remuneração, condições precárias de trabalho ou de vida do trabalhador) é totalmente justificado na ciência econômica do capital e, próprio do modelo atual de desenvolvimento das forças produtivas.

No campo do Direito do Trabalho, tais conceitos ainda aparecem de modo confuso e entrelaçado. O conceito de Trabalho Escravo carece de pacificação no mundo jurídico. A doutrina diverge entre a classificação de trabalho escravo e trabalho degradante, ou precarizado.

Conforme Neide Esterici:

124 Marx, Karl. *O Capital*. p, 189.

A escravidão tornou-se uma categoria eminentemente política; faz parte de um campo de luta, e é utilizada para designar toda sorte de trabalho não-livre, de exacerbação da exploração e da desigualdade entre os homens. Muitas vezes, sob a denominação escravidão, o que se vê mais enfaticamente denunciado são maus-tratos, condições de trabalho, de remuneração, de transporte, de alimentação e de alojamento que não condizem com as leis e costumes.¹²⁵

Mesmo a Organização internacional do Trabalho não encontra um conceito determinado para a escravidão contemporânea. Na Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho utiliza-se o termo trabalho forçado ou compulsório. Já no Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT relativa à Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho encontramos somente o trabalho forçado, porém em uma categoria mais ampla esgotada em coação e negação da liberdade.¹²⁶

Para alguns autores como Camargo de Mello, trabalho em condição análoga a escravo se diferencia de trabalho degradante. Trabalho em situação análoga a escravo é aquele que não permite ao trabalhador deixar o local do trabalho em face de variadas condições, como dívidas ou coerção física. Já o trabalho degradante é aquele sob condições indignas mas com possibilidade de locomoção para o trabalhador.

Estamos aqui diante de dois conceitos que nada mais são do que a constatação da precarização das condições de vida e trabalho da força de trabalho e a reafirmação do histórico conflito capital/trabalho.

Conforme, Esterici, em face da gravidade das situações de trabalho contemporâneas, o conceito de escravidão passou a denunciar a desigualdade no limite da desumanização.

A Lei 10.903, que alterou o art. 149, dispõe um conceito legal da condição análoga a escrava, conforme GOSDAL:

125 Apud Figueira, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p.44. In: Gosdal, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*.

126 Gosdal, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador*. p.141.

Consiste em submeter o indivíduo a trabalhos forçados, ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio sua locomoção, em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. A redação legal sugere que o trabalho análogo à condição de escravo é o gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho degradante são espécies.¹²⁷

Dessa maneira o trabalho escravo caracteriza-se pela constatação de condições degradantes de trabalho (salários, endividamento, localização do trabalho, transporte, alojamentos, camas e colchões, instalações sanitárias, água potável, local para preparo dos alimentos, local para tomada das refeições, equipamentos de proteção individual, ferramentas, materiais de primeiros socorros)¹²⁸, somadas à coerção ou limitação da autonomia da vontade de pactuação.

O categoria jurídica de “trabalho análogo a condição de escravo” objetiva classificar como mais gravosas determinadas condutas do capital perante a força de trabalho. Aparece, dessa maneira, como uma possibilidade de denuncia e maior controle da subordinação e condições de vida sujeitadas pelo trabalhador.

É preciso não esquecer, todavia, que tais práticas compõem o modo de produção capitalista e são intrínsecas a busca por acumulação de capital. A diminuição do custo com a produção, seja com ausência de condições dignas de habitação para os trabalhadores, falta de água potável, alimentação, equipamentos de segurança ou lugares insalubres para a prestação do labor é característica do que Marx chamará de *mais-valia absoluta* e que se verifica principalmente no início da acumulação. É a diminuição dos custos de produção (precarização) ou reprodução dos trabalhadores (diminuição do custo da cesta básica) que aumenta a parte do mais-valor.

As regulações do direito do trabalho, conquistadas mediante pressão da organização dos obreiros, funciona como limitadora da extração da mais-valia absoluta, partindo o capital, em segundo momento, para o crescimento também em face da mais-valia relativa com o desenvolvimento tecnológico (aumento da produtividade do trabalho no mesmo período de tempo trabalhado).

Ao contrário dos modelos escravagistas onde o escravo caracterizava-se como coisa (*res*), os trabalhadores submetidos a condições análogas à escrava, mesmo

127 Iden, 143.

128 Lima, Surkamp. *Erva Mate: erva que escraviza*. p. 56-79.

que em condições precárias, contratam a venda de sua força de trabalho, sendo donos de seus corpos.

Os trabalhadores envolvidos celebram informalmente um contrato de trabalho com aos aliciadores empregados do patronato. Verificamos aqui que venda da força de trabalho, típica do modelo de produção capitalista, é acordada entre o vendedor e o comprador da força de trabalho. Isso ocorre mesmo que o valor real dos salários pagos efetivamente seja impreterivelmente inferior ao pactuado.

Dessa maneira, verificamos a clara existência do trabalho assalariado, o que inclui o trabalho submetido a baixos salários e a inadimplência de meses de pagamento (no caso dos atrasos salariais).

Ademais, verificamos a contratualidade no trabalho análogo ao escravo mesmo nos casos de trabalhos forçados (típico aumento da jornada de trabalho já apresentado nos primórdios do capitalismo) ou ainda a chamada “escravidão por dívida”.

No segundo caso, as relações sociais de dependência do trabalhador com a alimentação e bens oferecidos pelo empregador em seus próprios armazéns, não pode ser comparada ao pertencimento do corpo do trabalhador como propriedade do empregador, assim como caracterizava-se tanto a escravidão antiga quanto a colonial, vez que isso não acontece na “escravidão contemporânea”.

Sendo assim, o conceito que melhor pode ser acolhido é o foco na *condição análoga à escrava*, tendo em vista que tal conceito não confunde a relação de labor do trabalhador no modelo capitalista naturalmente precarizado, com o trabalhador da escravidão antiga ou colonial.

3. A PRECARIZAÇÃO BRASILEIRA

Apenas no ano de 2012, segundo pesquisa da Comissão Pastoral da Terra – CPT, foram 168 o número de novos casos de trabalho em situação análoga à escrava identificados no Brasil, com 3.110 trabalhadores envolvidos.

No que se refere a localização do trabalho escravo, segundo Rosângela Rassy:

As denúncias de trabalho degradante que confirmaram a prática do trabalho escravo, tornaram-se bastante frequentes nos últimos anos e revelam um quadro que desmistifica a convicção, até então predo-

minante, de que a exploração ocorria apenas em estados da Região Norte e Centro-Oeste. Ao contrário, verifica-se que, em paralelo à alta qualidade de vida da população das grandes e médias cidades, existe uma realidade bem dura área os trabalhadores de municípios do interior dos estados.¹²⁹

Conforme a CPT, ranqueiam a lista de Estados com trabalhadores resgatados em 2012, o Pará, Tocantins, São Paulo, Minas Gerais, Amazonas, Goiânia e Paraná. Do ano de 2003 à 2012 as principais atividades com trabalhadores em situação degradante foram a pecuária, seguidas pelo corte de cana, outras lavouras e carvão.¹³⁰

São 95,5 % de trabalhadores do sexo masculino, 63,6% com idade de 18 aos 35 anos. Representa 25% os trabalhadores naturais do Maranhão, com outros 8,2% em cada um dos Estados do Pará, Minas Gerais e Bahia. Trabalhadores com índice de analfabetismo em 35,3%, conforme pesquisa do Ministério do Trabalho e Emprego entre 2003 à 2012, sendo outros 38,4% com até o 5º ano do ensino fundamental ainda incompletos.¹³¹ Tais dados demonstram a fragilidade educacional da força de trabalho explorada, oriunda de Estados com menor IDH e maior concentração de renda.

Segundo os dados apresentados pela CPT para o ano de 2011, 84% dos casos foram evidenciados em atividades rurais, contra 16% em atividades extra-agrícolas. No que se refere aos trabalhadores libertados/resgatados, 79% exerciam atividades agrícolas, contra 21% de trabalhadores de atividades extra-agrícolas (atividades predominantemente urbanas).

A ocorrência do trabalho análogo ao escravo é claramente majorada no campo brasileiro. Isso ocorre por razões distintas. Mesmo em face à industrialização do campo com o agronegócio, o meio rural ainda se apresenta como um dos setores produtivos com menor desenvolvimento tecnológico.

A extração da mais-valia aqui, conseqüentemente, se dá através da mais-valia absoluta, ou seja, aquela que se fundamenta no: a) aumento da jornada de trabalho (como nos casos de trabalhadores resgatados pelo MTE com jornadas de 14 horas

129 Iden. p.14.

130 Estatísticas CPT.

131 Iden.

de trabalho), e b) pela redução dos custos de produção (ausência de habitação, mobiliário, água potável, sanitários, alimentação, instrumentos de segurança e etc.).

É visível, dessa maneira, a relação intrínseca entre a precarização do trabalho, levado ao ponto da condição análoga à escrava, e o modelo de produção capitalista e sua mais-valia absoluta.

No Brasil é comum a prática do “truck system”, também conhecido como “sistema de barracão”, através do qual trabalhadores pobres são abordados pelos intermediários, denominados “gatos”, que ao contatar o trabalhador em sua cidade de origem apresenta uma possibilidade de melhoria de vida, envolta em promessas de contrato de trabalho com salários atrativos. Entretanto, todas essas promessas são falaciosas, pois os trabalhadores são levados aos lugares distantes e isolados, onde serão submetidos a uma vida de trabalho forçado e servidão por dívida, tipificada pelo Art. 203 do Código Penal Brasileiro.¹³² Na maioria das vezes, tendo em vista o local afastado da prestação de trabalho, são realizadas viagens, às custas dos trabalhadores, até o local isolado da frente de trabalho.

A dificuldade de fiscalização na grande propriedade privada também estimula a condição degradante no campo, tendo em vista que, para um país continental, o número reduzido de fiscais do trabalho é uma opção política pela impunidade.

No que se refere ao trabalho precarizado urbano, após a revolução industrial e o surgimento da classe operária, milhares de trabalhadores no continente europeu foram submetidos a condições desumanas de trabalho assalariado¹³³:

O Sr. Broughton, um country magistrate, como presidente de uma reunião realizada na prefeitura da cidade de Nottingham, em 14 de janeiro de 1860, declarou que no setor da população urbana que vivia da fabricação de rendas reinava um grau de sofrimento e miséria desconhecido no mundo civilizado: (...) Às 2,3,4 horas da manhã, crianças de 9 a 10 anos são arrancadas das suas camas imundas e obrigadas, em troca da subsistência, a trabalhar até às 10, 11 ou 12 horas da noite, enquanto seus membros definham, sua estrutura se atrofia, suas linhas faciais se embotam e sua essência se imobiliza num torpor pétreo, cuja a aparência é horripilante.¹³⁴

132 Costa, Emilia Viotti da. *Escravo na Grande Lavoura*. p.63.

133 London “Daly Telegraph” de 17 e janeiro de 1860. IN: Marx, Karl. *O capital*. p. 187

134 London “Daly Telegraph” de 17 e janeiro de 1860. IN: Marx, Karl. *O capital*. p. 187.

Com o avanço da organização dos trabalhadores, uma série de conquistas de direitos sociais se estenderam à Europa, enquanto a reterritorialização do capital permitia a utilização de força de trabalho a preços inferiores nos países subdesenvolvidos.

O modelo de acumulação de riqueza capitalista, construído sob o binômio fordismo/taylorismo é, a partir dos anos 70, paulatinamente substituído pela acumulação flexível e o toyotismo, devido à crise internacional de acumulação do capital.

O trabalho parcial, temporário, precarizado, a subcontratação, a terceirização, as políticas de gestão da qualidade, a fragmentação geográfica do trabalho, o desemprego estrutural e os trabalhadores informais povoam as novas relações sociais ligadas ao trabalho.

Com a consolidação do toyotismo e sua regulação neoliberal, a produção de valor através da exploração do trabalho, característica intrínseca ao modo de produção capitalista, se sustenta agora menos no trabalho estável e mais no trabalho precarizado, forçado, terceirizado e parcial, intensificando assim a extração da mais-valia:

O Toyotismo penetra, mescla-se ou mesmo substitui o padrão fordista dominante, em várias partes do capitalismo globalizado. Vivem formas transitórias de produção, cujos desdobramentos são também agudos, no que diz respeito aos direitos do trabalho. Estes são desregulamentados, são flexibilizados de modo a dotar o capital do instrumento necessário para adequar-se a sua nova fase. Direitos e conquistas históricas dos trabalhadores são substituídos e eliminados do mundo da produção.¹³⁵

Além da precarização fruto de uma nova forma de organização do modelo de produção, para retomar a acumulação inicial, no que se refere ao Brasil, parte relevante dos trabalhadores sempre estiverem em uma situação precária de trabalho.

O trabalho em condição análoga a escrava na cidade é menor em relação ao trabalho no campo brasileiro. Entretanto, o que merece destaque aqui é o crescimento da precarização nas cidades.

135 Antunes, Ricardo. Adeus ao trabalho? p. 24.

O principal ramo de atividade com trabalho em condição análoga à escrava na cidade é a indústria de vestuário. Conforme dados da CPT, no ramo de confecções, somente no ano de 2012 foram 115 trabalhadores libertados por laborarem em condições análogas à escrava. O ramo da construção civil também encabeça a lista de atividades urbanas precarizadas com 451 trabalhadores libertos em 2011, e 404 libertos no ano de 2012.

Conforme Renato Bignani, *o trabalho precarizado nas cidades acontece em uma célula produtiva que se assemelha a uma residência, é o chamado sweating system*.¹³⁶ Segundo o autor, nessa condição de labor, verifica-se a ausência de controle da jornada de trabalho (que fica carente de qualquer limitação), os ambientes insalubres de trabalho, o trabalho infantil, servidão por dívida, assédio moral e sexual e os salários reduzidos.

Outra característica particular do trabalho análogo a escravo em áreas urbanas é sua cotidiana relação com a imigração irregular.

Tendo em vista a ausência de documentação que autorize a estada do país e a consequente impossibilidade de trabalho formalizado, os imigrantes em situação ilegal são o alvo da extração da mais-valia absoluta na cidade.

As empresas, com o objetivo de reduzir custos, acabam por transferir parte da sua produção para outras pequenas empresas encarregadas apenas de costurar peças já cortadas (...) Nas chamadas oficinas de costura, encontram-se diversos trabalhadores imigrantes, na sua maior parte vindo de países como Bolívia, Paraguai e Peru, que trabalham cerca de quatorze horas para receber valores próximos um salário mínimo e sem as mais básicas condições de saúde.¹³⁷

3.1. Políticas de combate a Neoescravidão

Apesar de o Brasil já ser signatário das Convenções 29 e 105 da OIT, foi somente na década de 90 que o Governo Brasileiro assumiu o compromisso de com-

136 Bignani, Renato. Trabalho Escravo Contemporâneo: o SweatingSystem no Contexto Brasileiro como Expressão do Trabalho Forçado Urbano.

137 Idem. p. 97.

bater o trabalho em condição análoga à de escravo em território nacional através da implantação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento desse problema.

Dentre as mais importantes políticas públicas de combate ao trabalho em condição análoga à de escravo podemos citar a edição no ano de 1995 do Decreto 1.538 que criou o GERTRAF – Grupo Interministerial para Erradicação do Trabalho Forçado como organização institucional para o combate a precarização. O Grupo apresentou dificuldades, pois os Ministérios não tinham poder de decisão e capacidade de implementação de medidas eficazes.

Também em 1995 cria-se o Grupo Especial de Fiscalização Móvel - GEFM, ligado à Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. O GEFM é referência de fiscalização no Brasil. Ele é formado por auditores fiscais do trabalho, policiais federais e procuradores do Ministério Público do Trabalho – MPT. O grupo foi criado pela Portaria nº 550 de 14 de junho de 1995, e ao longo destes 17 anos de atuação mais de 40 mil trabalhadores foram resgatados. O GEFM realiza as ações de combate à exploração do trabalho forçado, atuando na apuração de denúncias, nas operações em campo, nos procedimentos e na parceria entre auditores fiscais com o Ministério Público do Trabalho e da Polícia Federal.¹³⁸

Já 2003 foi instituída a CONATRAE, vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. A coordenação, com caráter de coalizão de classes, consiste em integrar governo, trabalhadores, empregadores e sociedade, visando implantar as ações previstas no Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (2002), acompanhar projetos de lei no Congresso Nacional e avaliar pesquisas de campo.

Ademais, a Criação da “Lista Suja”, instituída pela Portaria nº 1.234 em 2004, refere-se ao Cadastro de Empregadores Infratores. Trata-se de um acordo entre algumas instituições e órgãos fno combate ao trabalho análogo à de escravo, visando o não fornecimento de serviços a empregadores cujo nome fique na lista.¹³⁹ O empregador com nome inscrito será monitorado durante 2 (dois) anos. Se após o prazo de inscrição do nome não for mais constatado infrações na empresa ou fazenda e, se houver o pagamento de todas as indenizações (multas, débitos traba-

138 Lima, Benedito. Surkamp, Luize. Erva Mate: erva que escravava. p, 57.

139 Tabela das empresas que compõem a lista suja em anexo.

lhistas e previdenciários) aos trabalhadores, o nome do empregador ou da empresa poderá ser excluído da Lista Suja.

Outro instrumento relevante é a NR31 constitui uma importante ferramenta no combate ao trabalho em situação análoga à de escravo para o setor florestal, pois tem como objetivo estabelecer requisitos mínimos para identificação de espaços confinados, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento das atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura, além de monitorar e controlar os riscos existentes, de forma a garantir permanentemente a segurança e saúde dos trabalhadores.

O não cumprimento desta norma pode acarretar penalidades administrativas, aquelas estabelecidas pela NR 28, que vão desde a possibilidade do embargo ou interdição do estabelecimento, até multas monetárias fixadas em UFIR, que variam de 378 a 6.304 unidades.

Figura ainda como política relevante o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, composto pelo Comitê de Coordenação e Monitoramento do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, que engloba dentre os seus parceiros o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, o Instituto Observatório Social, a ONG Repórter Brasil e a OIT. O Pacto objetiva criar instrumentos capazes de impedir a comercialização de produtos de fornecedores com trabalho em condição análoga à escrava em sua linha produtiva. O Pacto Nacional inclui o setor empresarial em sua composição.

Devido à importância dos resultados das pesquisas de cadeia produtiva e do Pacto Nacional, o acordo foi incorporado ao 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo de 2008. Desta forma, o Pacto Nacional tornou-se política pública.

Cabe destacar a política de vanguarda do Estado de São Paulo ao sancionar a lei 1034/2011, que prevê o fechamento de empresas que utilizem trabalho em condições análogas à escrava. A nova lei cassa a inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) dos estabelecimentos comerciais envolvidos na prática desse crime – seja diretamente ou no processo de produção, como por exemplo, nos casos de terceirização ilegal. Ademais, os autuados ficarão impedidos de exercer o mesmo ramo de atividade econômica ou abrir nova firma no setor por dez anos.¹⁴⁰

140 Instituto Reporter Brasil. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2013/01/alckmin-sanciona-lei-que-fechaempresa-que-usa-trabalho-escravo/>

Tal iniciativa consolidou-se a partir das mobilizações pela aprovação da PEC 438 - Projeto de Emenda Constitucional, que prevê a expropriação de terras em que se encontre trabalho escravo. Incluindo a destinação das mesmas para Projetos de Reforma Agrária.¹⁴¹

Por fim, antes mesmo das convenções da OIT, e por ser o Brasil signatário das mesmas, a legislação penal tipificou no Código Penal Brasileiro - CPB as condutas de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo e de cerceamento de liberdade, como segue:

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

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

§1.º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

I - contra criança ou adolescente;

II - por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Dessa maneira, juridicamente, o trabalho em condição análoga à escrava caracteriza-se pela constatação de condições degradantes de trabalho (salários diminutos, endividamento, localização do local trabalho, transporte precário, alojamentos, camas, colchões e instalações sanitárias em situação precária, ausência de água potável, bem como de local para preparo dos alimentos e as refeições, inexistência de equipamentos de proteção individual -EPI, de ferramentas, materiais de

141 Idem.

primeiros socorros, entre outros), somadas à coerção ou limitação da autonomia da vontade de pactuação.

O CPB também tipificou a conduta daquele que viola as leis trabalhistas, inclusive no aliciamento dos trabalhadores para trabalharem em outra região ou território estrangeiro:

Atentado contra a liberdade de trabalho

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Aliciamento para o fim de emigração:

Art. 206 -Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Pena - detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional:

Art. 207 -Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1o Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2o A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Entretanto, é primordial esclarecer o caráter classista do direito penal e a real função da criminalização (apenas primária) das elites, como seria o caso da crimi-

nalização do trabalho análogo ao escravo. Conforme Rusche e Kirchheimer, para cada modelo de produção existe um tipo de punição específica. Dessa maneira, aparece o cárcere como próprio modo produção capitalista, objetivando a penalização da classe trabalhadora para controle do valor da mão de obra e proteção da propriedade das elites.¹⁴²

Verificamos assim, que dentre as diversas condutas tipificadas apenas as referentes à violação da propriedade recebem a criminalização secundária, efetiva. São essas as condutas que tem como fundo a desigualdade material, e portanto, praticadas pela classe trabalhadora.

Para Cirino, a criminalização das elites consiste apenas em um modelo de legitimação do direito penal, sem aplicabilidade efetiva, para que na materialidade ocorra apenas a criminalização dos explorados.¹⁴³

Dessa maneira, devemos compreender a função latente do direito penal e somar esforços junto a criminologia radical em desacreditar a sociedade de sua utilização para solução dos conflitos sociais, tendo em vista que, não existe resolução dos problemas através do direito da classe dominante apenas para a classe trabalhadora. Sendo assim, devemos refletir políticas distintas para o combate as práticas de trabalho análogo ao escravo, além do direito penal, como por exemplo, a expropriação de terras com trabalho precarizado e sua destinação a reforma agrária (PEC 438).

4. PRECARIZAÇÃO NECESSÁRIA AO CAPITAL

Antes de grandes conclusões conceituais, o presente trabalho objetivou melhor compreender o modelo de produção capitalista e sua natural ânsia por precarização do labor, fundamentada na economia política e particularmente na teoria do valor trabalho de Marx.

A partir de então, delimitamos o modelo de produção do capital distinguindo-o do modelo de produção escravagista. Dessa maneira, concluímos a inerência do trabalho precarizado em condições análogas à de escravo como sustentáculo da extração da mais-valia e reprodução do capital.

142 Rusche e Kirchheimer. Punição e estrutura social. p, 74.

143 Cirino, Juarez. A criminologia Radical. p, 50.

Tal cuidado foi necessário, vez que, não podemos correr o risco de extrair do modo de produção capitalista as atrocidades cometidas aos trabalhadores do campo e da cidade que permanecem em condições degradantes de trabalho. Portanto, o conceito de condição análoga a de escravo não pode servir para amenizar as práticas do capital, remetendo-as apenas ao modelo escravagista, já que elas são intrínsecas e corriqueiras nas relações de trabalho no capitalismo.

Cumprindo ainda destacar, em face das condições em que o trabalho figura em nosso momento histórico de desenvolvimento das forças produtivas, a impossibilidade de um trabalho “descente” nos marcos do atual modelo produtivo fundamentado na extração do mais-valor com salários inversamente proporcionais aos lucros.

Sendo assim, todos os programas de enfrentamento à contradição capital-trabalho que objetivam melhores condições de vida e labor aos trabalhadores, como a diminuição da jornada de trabalho, o aumento da segurança no trabalho, a majoração do salário, as condições dignas de habitação, saúde e alimentação, asseguradas em partes pelo direito capitalista do trabalho, são em verdade limitadores da extração da mais-valia e, portanto, contrários ao capital.

Diante do exposto, verificamos a centralidade do trabalho no capitalismo, e atualidade do combate à reiterada precarização, nos depoimentos do labor realizado em 1863 na Inglaterra e no ano de 2011 no Brasil:

Era necessário concluir, num abrir e fechar de olhos, como num passe de mágica; os vestidos de luxo das nobres ladies para o baile em homenagem à recém importada princesa do País de Gales. Mary Anne Walkley tinha trabalhado 26 1,2 horas ininterruptas, juntamente com 60 outras moças, cada 30 num quarto, cuja capacidade cúbica mal chegava para conter 1,3 do ar necessário, enquanto a noite partilhavam, duas a duas, uma cama num dos buracos sufocantes em que se subdivide um quarto de dormir, por meio de paredes de tábuas. E essa era uma das melhores casa de moda de Londres. Mary Anne Walkley adoece numa sexta-feira e morreu no domingo, sem haver a surpresa de Dona Elise, terminado antes a última peça.¹⁴⁴

144 Marx, Karl. O Capital. p, 195-196.

Nesta área estava uma barraca de lona, e tinha um poço do qual eles tiveram que limpar para obter água e no mesmo havia muitas larvas de mosquitos, chamados de cabeça de prego. Área onde ficamos já estava toda pronta para o manejo com as placas identificando as árvores. O tratante informou que a fazenda dele ficaria numa distância e 8 km para chegar no total de 16 km por dia. O mesmo deixou no local 1 caixa de óleo, 1 fardo de arroz, farinha de mandioca, feijão, sal, açúcar, café, uns pacotes de biscoitos salgadas, 1 pacote de leite, trigo e 1 lata de óleo diesel.

O fogão foi confeccionado por nós, fazendo um buraco na terra e colocando pedaço de ferro que acharam no mato, para dar suportes as panelas. Só tinha três panelas e alguns talheres, porém não tinham pratos, nem vasilhas para colocar os alimentos cozidos. A gente levava os alimentos cozidos em sacolas plásticas penduradas na cintura e água em garrafas Pet pendurada no ombro. Só podíamos tomar uma garrafa de água por dia.¹⁴⁵

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho*.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA –CPT. *Estatísticas do Trabalho Escravo no Brasil*. Disponível em: <http://www.cptnacional.org.br/attachments/article/1391/S%C3%ADntese%20estat%C3%ADstica%20do%20TE-%20%20ATUALIZADA%20em%2020.12.2012.pdf>

COSTA, Emilia Viotti da. *Escravo na Grande Lavoura*. São Paulo: Difel, 1985.

LIMA, Benedito. Surkamp, Luize. *Erva Mate: erva que escraviza*. Fortaleza: La Barca, 2012.

GORENDER, Jacob. *O escravismo colonial*. São Paulo: Editora Àtica, 1992.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2007.

KONDER, Leandro. *O que é dialética?* São Paulo: Brasiliense, 1998.

145 <http://cptrondonia.blogspot.com.br/2013/02/um-relato-de-trabalho-escravo.html>

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARX, Karl. *Contribuição para a crítica à economia política*. São Paulo: Mandacaru, 1989.

MARX, Karl. *O Capital: crítica a economia política*. Vol. I. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

MARX, Karl. *Trabalho assalariado e capital & Salário, preço e lucro*. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

NETTO, José Paulo. *Economia Política: uma introdução crítica – José Paulo Netto e Marcelo Braz*. São Paulo: Cotez, 2008.

JARDIM, Philippe Gomes. *Neo Escravidão: as relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil*. Dissertação, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO e ONG Repórter Brasil. - *Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI*: Disponível em http://reporterbrasil.org.br/documentos/relatorio_oit2.pdf

_____. <http://reporterbrasil.org.br/2013/01/alckmin-sanciona-lei-que-fechaempresa-que-usa-trabalho-escravo/>

RUSCHE, Georg; KIRCHEHEIMMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª edição. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

REGULAÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LABORAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO¹⁴⁶

José Osório do Nascimento Neto¹⁴⁷

INTRODUÇÃO

O estudo das políticas públicas laborais tem um desafio teórico-metodológico, pautado por uma série de dicotomias conceituais como: público e privado; individual e coletivo; mínimo e máximo, que acabam por absorver compreensões interdisciplinares de outras áreas como História, Filosofia, Política, Economia e Direito. E, para analisar os possíveis conceitos, as possibilidades e os limites das

146 Parte da temática deste artigo foi originalmente publicada no 1º semestre de 2014, pelo Instituto Memória/PR. Após intenso debate, durante o 2º semestre do mesmo ano, por meio do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE) da CAPES, na Universidad Carlos III de Madrid (UC3M), este texto foi adaptado e novas considerações foram acrescentadas para o avanço do conhecimento científico.

147 Professor de Direito Constitucional e Administrativo das Faculdades Integradas do Brasil (Uni-Brasil). Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio doutoral pela Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) e bolsa PDSE/CAPES. Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro. Realizou atualização de EaD Docência: Metodologia do Ensino Superior e Metodologia de Pesquisa Científica, pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Membro da Associação Paranaense de Direito e Economia. Membro da Comissão de Direito da Infraestrutura e Estudo das concessões públicas – OAB/PR. Advogado. Contato: osorio.nascimento@gmail.com

políticas públicas no Estado Democrático de Direito, faz-se necessário um estudo prévio a respeito das funções do Estado.

Assim, por uma questão de recorte metodológico, o presente ensaio crítico tem como objeto de estudo dois pontos, inicial e hipoteticamente, complementares: a) o primeiro, de ordem política e filosófica, encontra-se pautado, historicamente, pela compreensão do Estado, que perpassa pelo mínimo a ser oferecido à sociedade, bem como pela maximização dos direitos fundamentais sociais, visando o desenvolvimento humano; b) o segundo, de ordem técnica e jurídica, visa analisar criticamente o comportamento da regulação como modalidade de intervenção do Estado na Ordem Econômica, especialmente, a partir do Estado Democrático de Direito e seu impacto em relação à concepção de cidadania neste início de século XXI, no Brasil.

Então, a partir deste contexto, começam a surgir importantes questionamentos não apenas para a leitura crítico-interpretativo do Estado Mínimo, mas também – e principalmente – para o Estado Democrático de Direito, como: a) quais são as funções do Estado? b) como se comporta a regulação em face do capitalismo? A favor? Contra? c) qual a relação básica entre “regulação” e “políticas públicas” a partir do Estado Democrático de Direito?

Em linhas gerais, uma vez estabelecidas estas duas vertentes: (i) de ordem histórica, política e filosófica; (ii) de ordem técnica, econômica e jurídica; acredita-se que uma possível conexão entre regulação e políticas públicas seja capaz de constituir um importante instrumento de veiculação envolvendo o Estado, o Direito e a Democracia.

1. PARA A CONCEPÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, UMA CONSTRUÇÃO TEÓRICA: DO ESTADO MÍNIMO À REGULAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Robert NOZICK reagiu a *A Theory of Justice* com a publicação de *Anarchy, State and Utopia* em 1974, concentrando-se apenas nas discordâncias com o pensamento de RAWLS,¹⁴⁸ uma vez que considera as muitas virtudes de sua obra

148 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

como autoevidentes.¹⁴⁹ Em seu livro, NOZICK desenvolve uma filosofia política que tangencia os limites da liberdade individual, questionando a legitimidade do poder de um Estado além do mínimo e exigindo justificativa para quaisquer ações que restrinjam esta liberdade:

nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante, justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto inspirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejem realizá-las para seu próprio bem ou proteção¹⁵⁰.

O Estado mínimo da teoria liberal clássica é aquele que oferece proteção contra violência, roubo e fraude, e fiscalização do cumprimento de contratos. Esse Estado assim definido é redistributivo na medida em que obriga algumas pessoas a pagar pela proteção de outras, através da cobrança de impostos. O Estado ultramínimo é aquele que mantém o monopólio do uso da força (exceto quando for o caso de autodefesa imediata), contudo proporcionando serviços de proteção e cumprimento de leis apenas àqueles que comprarem suas apólices de proteção.

Neste sentido, NOZICK faz críticas às teorias políticas que confrontam esta concepção, buscando focalizar principalmente a teoria de John Rawls e o princípio da diferença como o seu alvo mais particular. Argumenta, ainda, que o princípio defendido por Rawls, ao definir que a desigualdade deve ser justificada pela melhoria dos menos favorecidos, evidencia a busca da igualdade como um “objetivo”, uma expectativa de “resultado final” a ser perseguido. Para tanto, o Estado deve prever, através de suas instituições, mecanismos de parcelamento e distribuição

149 Ao contrário de John RAWLS, que elabora como ponto de partida um estado de natureza bastante peculiar, sob a forma da *posição original*, Nozick (1991) lança mão da concepção tradicional de estado de natureza usada na ciência política por John LOCKE.

150 NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 9.

(ou redistribuição) de bens e riquezas que busquem corrigir as eventuais tendências de desvios do resultado esperado.¹⁵¹

Desse modo, se poderia entender, equivocadamente, segundo mesmo autor, que a sociedade é estruturada em função de um “objetivo” bem definido e evidente: o de perseguir um padrão de distribuição de bens cujo resultado final teria de ser aceito como justo. Para ele, o problema é que tal princípio contraria preceitos fundamentais do liberalismo¹⁵² ao exigir interferência intensa e contínua do Estado na vida dos cidadãos, para garantir o alcance de seu objetivo à custa da limitação das liberdades individuais.¹⁵³

Por outro lado, em um Estado amplo que se propõe a promover justiça distributiva entre seus cidadãos, existe a necessidade de arrecadação adicional para esta finalidade. Os mais carentes seriam dispensados desta taxa, enquanto os mais favorecidos arcariam com os custos para a manutenção das funções inerentes ao Estado mínimo, mais o adicional necessário a cobrir a parte devida pelos mais carentes e mais o custo extra para a viabilização dos programas de redistribuição de renda.¹⁵⁴

Deste modo, a tributação de renda e, portanto, o trabalho forçado, só será evitado se ganhar-se apenas o suficiente para o atendimento às necessidades básicas individuais ou a mera subsistência. Seria então aceitável que os indivíduos que se dispusessem a trabalhar e produzir mais, em busca de maior renda para a satisfação de seus desejos por bens e serviços, fossem também obrigados a trabalhar forçado para ajudar os mais carentes?¹⁵⁵

151 SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O estado mínimo de Robert Nozick. **Síntese – Revista de Filosofia**, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, p. 230, 2004.

152 JAKOBI, Karin Bergit. Estado, Direito e Economia: do liberalismo clássico à “terceira via”. In: NICZ, Alvacir Alfredo; ANDREATO, Danilo. (Coords.). **Estado, Direito e Sociedade**. São Paulo: Iglu, 2010. p. 118.

153 Para compreensão dos termos: liberdades individuais e direitos fundamentais, recomenda-se: CUSTÓDIO, André Viana; POFFO, Gabriella Depiné; SOUZA, Ismael. **Direitos fundamentais e políticas públicas**. Balneário Comburui: Avantis Educação Superior, 2013.

154 Para a temática das relações jurídicas e políticas entre cidadão e Estado, ver: FOLLONI, André Parmo. O Estado e as relações de reconhecimento: reflexões a partir de Axel Honneth. **Revista Jurídica Jus Gentium**, v. 11, p. 48-70, 2012.

155 SOUZA, José Marcos Monteiro de. **Liberdade, igualdade e eficiência: os princípios de justiça em Rawls**. Florianópolis, 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Santa

A partir deste ponto, surge o comportamento da regulação como modalidade de intervenção do Estado. Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO expõe que o novo desempenho do Estado na economia, sob a égide deste binômio – competição e eficiência¹⁵⁶ – evolui do papel de conformativo do mercado (próprio das regulamentações diretas e indiretas) e do papel substitutivo do mercado (próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas) para tornar-se:

(I) regulador do mercado: o Estado, especializando-se em seus diversos setores e segmentos, abandona a pura e exclusiva direção política dos processos econômicos para aliá-la com a direção técnica e socialmente concertada através de entes independentes, criados para desenvolver políticas econômicas legislativas, antes que meramente executivas. É o Estado regulativo, que pratica a *light intervention*, pró-mercado, desenvolvida pelos Estados Unidos da América como alternativa às formas de *heavy intervention*, anti-mercado, desenvolvidas na grande maioria dos modelos do bem-estar social europeus durante o século XX.

(II) alocador de recursos: o Estado desempenha duas funções distributivas: uma externa (ou política), através de políticas sociais voltadas aos segmentos assistidos, e outra, interna (ou administrativa), que se executa através dos orçamentos públicos, na distribuição dos meios financeiros entre entes e órgãos. É o Estado distributivo atuando em função alocativa, atividade que se distingue da função regulativa por quatro características: sua mutabilidade (anual), sua aleatoriedade (dependência de fatores financeiros disponíveis), seu triplice formato das relações (quem paga, quem recolhe e quem dis-

Catarina. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99235/309258.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

156 Sobre a temática da eficiência, ver: GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003 e, sobre a temática da eficiência econômica, sob a perspectiva do Direito italiano, ver: TARZIA, Antonello. **¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo**. A&C – Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=52619>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

tribui os recursos) e sua relação direta com o cidadão economicamente beneficiado.

(III) parceiro econômico: o Estado, ao mesmo tempo em que supera suas próprias limitações financeiras, técnicas e empresariais, associando-se a parceiros privados, despe-se de prerrogativas anacrônicas que, a pretexto de protegerem os interesses públicos a seu cargo, na verdade atuam como fatores de afastamento do concurso espontâneo da sociedade e até de encarecimento dos bens e serviços que devem ser buscados no mercado para atender a suas próprias necessidades administrativas. Acresce que a importância do Estado parceiro vai além da ampliação de suas possibilidades pela associação com a iniciativa privada, pois a convocação dos entes da sociedade à colaboração é também, por si mesma, um extraordinário incentivo para o setor privado.

(IV) fomentador econômico: o Estado desempenha sua mais nobre função, despido de coercitividade, em vias de transformação para um modelo de Estado propulsivo, que se torna de forma crescente um impulsionador de iniciativas (fomento empresarial), promotor de oportunidades de trabalho (fomento laboral), incentivador de investimentos (fomento financeiro) e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico).¹⁵⁷

Nesse ponto, um parêntese se faz necessário. De acordo com François DUBET, existem, contemporaneamente, duas grandes concepções de justiça social: (a) a igualdade de posições e (b) a igualdade de oportunidades. O que elas têm de comum é a pretensão de reduzir a tensão existente entre a afirmação de igualdade de todos os indivíduos e a realidade marcada por profundas desigualdades sociais. No entanto, elas se diferenciam na medida em que a primeira enfoca o conjunto de posições ocupadas pelos indivíduos na sociedade, buscando reduzir as distâncias entre elas (salários, condições de vida, acesso aos serviços, etc.), aproximando-as dentro da estrutura social, ao passo que a segunda objetiva oferecer a todos a pos-

157 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. **Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**, Belo Horizonte, ano 3, nº 11, p. 107-108, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31154>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

sibilidade de ocupar as melhores posições sociais, com lastro na meritocracia¹⁵⁸. Daí a importância do fomento com ralação às oportunidades.

Aqui, é importante destacar que o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica,¹⁵⁹ separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, regular não é sinônimo de regulamentar. Portanto, não há de se falar, também, que a abertura para a competição dos setores da economia antes reservados ao Estado seria uma forma de desregulação por si só.¹⁶⁰

Nesse contexto, pode-se conceituar, objetivamente, a regulação como o conjunto de atos e medidas estatais que tem por fim garantir a observância dos princípios norteadores da ordem econômica no mercado, bem como a devida e correta prestação de serviços públicos, além do incentivo e fomento para a implementação das políticas públicas respectivas para direcionamento de cada nicho da economia.¹⁶¹ Sob um aspecto subjetivo, pode-se conceituar a regulação como o processo estatal de normatização, de fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com os interesses público e coletivo, envolvidos no ciclo econômico do respectivo mercado.

Assim, da junção dos dois aspectos conceituais acima delineados, a regulação se trata de toda medida estatal, envidada no sentido de garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância das políticas públicas norteadoras do planejamento econômico e social.¹⁶²

158 DUBET, François. **Repensar la justicia social**: contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p. 11-12.

159 SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 102.

160 Sobre a temática da desregulação, ver: STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. (Org.). **Direito Regulatório**: temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 109-124.

161 DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado**. Legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 77.

162 FIGUEIREDO, Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 123-127.

Instrumentos de regulação são os institutos jurídicos que materializam, no plano concreto, a atividade reguladora estatal, em caráter macro. Na prática, pode-se definir a instrumentalização da regulação, condicionada a sua definição, quanto processo normativo, fiscalizador, incentivador, planejador e mediador da atividade econômica por parte do Estado, da seguinte forma: (I) atos normativos, gerais e abstratos, porém de caráter setorial, para supervisão e regulamentação da atividade econômica; (II) mediação entre os interesses dos setores públicos e privados, através de instrumentos jurídicos transacionais de composição extrajudicial de conflitos; (III) exercício de poder de polícia (fiscalização) sobre a atividade econômica, seja mediante expedição de regulamentos proibitivos próprios, seja através de aplicação de sanções administrativas nas infrações a serem apuradas no caso concreto; (IV) fomento, estímulo e promoção a determinadas atividades, a fim de se alcançar os objetivos políticos estabelecidos pelo Poder Público.¹⁶³

Assim, uma característica essencial da regulação se traduz numa atuação de natureza promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.¹⁶⁴ A regulação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento jurídico para promover conscientemente os fins essenciais do Estado. A característica da racionalidade da regulação se revela também nessa necessária vinculação entre as providências adotadas e os fins políticos e os valores fundamentais buscados pelo Estado.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LABORAIS

Ao contextualizar a noção de política, Klaus FREY enfatiza alguns conceitos importantes não apenas para a compreensão de políticas públicas laborais, como também para a estruturação de um processo de pesquisa, conforme as abordagens da ciência política: *polity*, como ordem do sistema político e conteúdo da política; *politics*, como processo político de caráter conflituoso; e, *policy*, como configuração dos programas políticos. Nesse contexto, em relação à terceira abordagem, o mesmo autor faz uma análise descritivo-interpretativa sobre os conceitos que de-

163 Ibidem, p. 134.

164 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: ... Op. cit. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 356.

terminam as ações e o comportamento dos atores políticos, quais sejam: (I) *policy networks*, como interações das diferentes instituições e grupos; (y) *policy arena*, como processo de conflito e de consenso dentro das diversas áreas da política, as quais podem ser distinguidas de acordo com seu caráter distributivo, redistributivo, regulatório ou construtivo; (z) *policy cycle*, como as redes e as arenas das políticas setoriais podem sofrer modificações no decorrer dos processos de elaboração e implementação das políticas, é de fundamental importância ter-se em conta o caráter dinâmico ou a complexidade temporal dos processos-administrativos.¹⁶⁵

Disso decorre que uma política pública haverá de ser compreendida sempre na sua dimensão temporal que se remete ao passado (na identificação das ações previamente desenvolvidas), ao presente (na identificação dos problemas atuais e conseqüente construção de agenda), e ao futuro (na eleição das estratégias de ação, dos resultados pretendidos, e dos mecanismos de avaliação aplicáveis à hipótese).¹⁶⁶

Já para Maria Paula Dallari BUCCI, a formulação do conceito de “política pública”¹⁶⁷ deve ser contextualizada levando-se em conta seu caráter interdisciplinar. Isso significa que “as políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender

165 FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, IPEA, v. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

166 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Interesse Público (IP)**, Belo Horizonte, a. 10, n. 48, p. 87-110, mar. 2008.

167 “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”, cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico”.¹⁶⁸

Explica a autora que a questão interdisciplinar se apresentou ao considerar os programas de ação governamental como sendo, na pirâmide da teoria administrativa, o ponto mais baixo, inferior às estratégias e às políticas. Concluiu, portanto, que equiparar política pública e programa seria um erro.¹⁶⁹ Por esta razão, passou a adotar um conceito para uso em Direito, estipulado como “arranjos institucionais complexos”,¹⁷⁰ entendendo, conseqüentemente, ser infrutífera a proposição de um conceito *jurídico* de política pública, justamente, por se tratar de uma noção, por definição, interdisciplinar.

Acredita-se, sim, que a realização de políticas públicas laborais pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever. Da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa especificando as normas políticas constitucionais,¹⁷¹ a ele também se impõe a ação executiva. Como bem coloca Maria Paula Dallari BUCCI, adotar a concepção das políticas públicas em Direito consiste em aceitar um grau maior de interpenetração entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública.¹⁷²

Sob outro enfoque, tem-se, também, que as políticas públicas representam a modalidade de ação por excelência do modelo de Estado Constitucional, assim de chamado de *government by policies* – governo por políticas, que desenvolve e

168 Nota explicativa Cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA)**, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

169 “A utilidade do elemento programa é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. Cf.: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____ (Org.). **Políticas públicas: ...** Op. cit., p. 40.

170 BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público (FA)**, Op. cit., Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=63051>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

171 Idem.

172 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-242.

aprimora a atuação do Estado de Direito, designado por *government by law* – governo por leis.

O princípio inscrito no inciso III do artigo 3º (e parcialmente reafirmado no inciso IV do artigo 170) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atua como fundamento de transformação e de reivindicação da sociedade, pela realização de políticas públicas. Suas potencializadas transformadoras, por outro lado, são, no entanto, evidentes.¹⁷³ As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos¹⁷⁴ reconhecidos pelo Direito, entre os quais se destaca o direito social ao pleno emprego.

Assim, ao realizar aproximações com campos ou temas estabelecidos na teoria jurídica, pode-se dizer que ao Direito Econômico cumpre localizar a figura das políticas públicas laborais nas dinâmicas da atividade de planejamento e sua relação com a temática do desenvolvimento. Já no campo do Direito do Trabalho, é o caso de analisar as consequências da crise nos âmbitos social e empresarial, mantida pela relação emprego e empregador, bem como verificar possíveis soluções para conflitos metaindividuais.

Assim, quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos.¹⁷⁵ Trata-se, portanto, de enxergar, no Direito, uma fonte de mecanismos de resolução de conflitos, e, conseqüentemente, de concretização de ações. Assim, é fundamental a compreensão de que a eficácia e a eficiência destas políticas públicas laborais dependem de algumas diretrizes e certos parâmetros no sentido de contribuir com aportes para o estabelecimento de uma possível solução à crise decorrente da globalização, tratada nos itens anteriores.

173 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Op. cit., p. 219.

174 Sobre a temática do interesse público, ver: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

175 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 249.

3. REFLEXÕES DE UM ENSAIO CRÍTICO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL

Adam PRZEWORSKY, em sua obra “Estado e Economia no Capitalismo”, parte da premissa central de que o capitalismo se caracteriza por uma tensão permanente entre o mercado e o Estado. Esse entrelaçamento entre Mercado, Estado e Democracia ocorre, para o autor, da seguinte forma: o mercado pretende alocar os recursos produtivos de acordo com a regra da maior lucratividade (acumulação). O Estado, no entanto, tem por missão atender o critério principal da democracia, redistribuir os recursos da forma mais igualitária possível justificando, assim, a sua existência política (legitimidade). Portanto, o critério de distribuição das riquezas no capitalismo é conflitante, pois enquanto o mercado pretende distribuir desigualmente, o Estado propõe uma regra coletiva de distribuição.

O Estado, como se pode antever, surge como ator de relevo na disputa, pois, dependendo de sua atuação, pode reforçar o capitalismo, promover a democracia ou, até mesmo, favorecer o capital (ainda que sua intenção seja atender à democracia). Essas possibilidades são expressas por PRZEWORSKY logo na abertura do estudo:

Deveriam os governos intervir de algum modo na economia? Os Estados suprem as falhas de funcionamento do mercado, tornando a alocação de recursos mais eficiente? Estariam os mercados operando ‘mais suavemente’ apenas porque são continuamente organizados e regulados por Estados? Ou a intervenção estatal é sempre uma fonte de incerteza e ineficiência? Em suma, a intervenção beneficia ou prejudica o bem-estar geral? Os Estados são organizações universalisticamente orientadas ou apenas mais um dentre uma multiplicidade de atores particularistas, diferenciado apenas pelo monopólio da coerção?¹⁷⁶

Levando em consideração estas questões, o autor examina três teorias básicas que tentaram fornecer uma resposta para as relações entre Estado, capital e sociedade: os Estados buscam atender aos interesses dos cidadãos;¹⁷⁷ os Estados visam obter os seus próprios interesses; os Estados, em verdade, implementam os objeti-

176 PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Tradução de Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p. 8.

177 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, v. 408, p. 97-101, 2012.

vos do capital. Dessa tripartição, provém a divisão da obra: o governo do povo; o governo do Estado; o governo do capital.

Pablo VERDÚ, por sua vez, expõe que não se pode analisar ‘a luta pelo Estado’ exclusivamente por meio do embate entre Estado e Direito. A sociedade e o Direito são anteriores ao Estado; a autonomia social é anterior à heteronímia estatal; e, o surgimento e a consolidação do Estado reinauguram a problemática: Estado/Direito: o valor jurídico depende do reconhecimento estatal; o Estado Liberal se limitou a conservar a ordem pública, a cuidar do âmbito social (hospital/ hospícios) e a assegurar a integridade territorial/ independência; o modelo de Estado Liberal é essencialmente absenteísta; a luta dos trabalhadores que ficaram à mercê do Estado Liberal com reivindicações sociais.¹⁷⁸

Percebe-se, a partir deste contexto dos movimentos reivindicatórios do século XIX, que se torna evidente a insuficiência das antigas liberdades formais abstratas – como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho etc, que consubstanciam as condições necessárias para o efetivo gozo de liberdades materiais concretas. Não se tratava apenas de garantir liberdade frente ao Estado, mas sim de assegurar que ela será alcançada também por intermédio de sua atuação. Desse modo, os direitos sociais são encarados de uma perspectiva positiva, de imposição de deveres ao Estado, que deverá promover ações concretas para efetivar a igualdade material dos cidadãos.¹⁷⁹ Nessa esteira, Clèmerson Merlin CLÈVE assevera que “O Estado mínimo vai assumindo mais e mais competências. O “Estado-árbitro” cede espaço para o “Estado de prestações”.¹⁸⁰

Assim, se o Estado Social de Direito é fruto do acordo entre a direita liberal ‘civilizada’ e o socialismo democrático ‘responsável’; e, pauta-se pela luta social e pela luta pelo Estado de Direito, pergunta-se: ainda são válidas as estruturas e a política econômica e social para satisfação das exigências com justiça? Se a resposta for positiva, pode-se falar em vinculação ao Estado Liberal de Direito, pois, na

178 VERDÚ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**. Op. cit.. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149-154.

179 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Maria de Lyra Ferreira. **Políticas públicas e a realização dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006, p. 83 e REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 143.

180 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

prática, era o predomínio da propriedade privada dos meios de produção; Se a resposta for negativa, aberto estaria o espaço para o Estado Democrático de Direito, onde, de uma forma ou de outra, ainda sobreviveriam elementos do Estado Social de Direito, como regulação e garantia de direitos econômicos; justiça constitucional; reconhecimento dos partidos políticos e dos sindicatos livres.

Em síntese, o Estado Democrático de Direito parece ser a combinação de uma esquerda liberal socializada e de um socialismo não comunista, consciente de deficiências do neocapitalismo que precisam ser superadas. E aí surge outra questão: e depois do Estado Democrático de Direito? Para VERDÚ, o caminho a ser seguido deve ser aquele em que haja a valorização do social.

REFERENCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, v. 408, p. 97-101, 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito público e direito privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 345-368.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de. Cidadania, dignidade humana e o princípio da eficiência. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 12, p. 237-257, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 14 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Antonia Teresinha de Oliveira Cavalieri. *Políticas públicas e atividade administrativa*. São Paulo: Fiuza, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana; POFFO, Gabriella Depiné; SOUZA, Ismael. *Direitos fundamentais e políticas públicas*. Balneário Comburui: Avantis Educação Superior, 2013.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DERGINT, Dario Eduardo Amaral. Participação, transparência e avaliação de políticas públicas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 82-100, jan./jun. 2014.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado*. Legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.

FIGUEIREDO, Maria de Lyra Ferreira. *Políticas públicas e a realização dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.

FIGUEIREDO, Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOLLONI, André Parmo. O Estado e as relações de reconhecimento: reflexões a partir de Axel Honneth. *Revista Jurídica Jus Gentium*, v. 11, p. 48-70, 2012.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e políticas públicas, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GRZYBOWSKI, Cândido. Planejar o desenvolvimento para que “um outro mundo seja possível”. In: CASTRO, Ana Célia; LICHA, Antônio; PINTO JR., Helder Queiroz; SABOIA, João (Orgs.). *Brasil em desenvolvimento: instituições, políticas e sociedade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. v. 2, p. 121-143.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

JAKOBI, Karin Bergit. Estado, Direito e Economia: do liberalismo clássico à “terceira via”. In: NICZ, Alvacir Alfredo; ANDREATO, Danilo. (Coords.). *Estado, Direito e Sociedade*. São Paulo: Iglu, 2010. p. 195-224.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O novo papel do Estado na economia*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 3, nº 11, p. 107-108, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31154>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre poderes e democracia: crise e superação*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

PZREWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Tradução de Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad. (Orgs.). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Coleção Mirada a Bombordo. v. 4. Curitiba: Juruá, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. O estado mínimo de Robert Nozick. Síntese – *Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, p. 225-238, 2004.

SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson. (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional das políticas públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43-60.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; BORGES, Alexandre Walmott. (Orgs.). *Cidadania, desenvolvimento social e globalização*. Curitiba: Editora Clássica, 2013.

SOUZA, Herbert de; RODRIGUES, Carla. *Ética e cidadania*. São Paulo, Moderna, 1994.

SOUZA, José Marcos Monteiro de. *Liberdade, igualdade e eficiência: os princípios de justiça em Rawls*. Florianópolis, 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99235/309258.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

STUCHI, Carolina Gabas. Regulação e desregulação diante dos princípios da Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. (Org.). *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 109-124

TARZIA, Antonello. ¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo. *A&C – Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, nº 31, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=52619>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

TREVISAN, Andrei Pittol; VAN BELLEN, Hans Michael. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 3, p.529-550, jun. 2008.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Op. cit.. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

**PARTE III – TRABALHO,
IGUALDADE E GÊNERO**

A EQUIPARAÇÃO SALARIAL ENTRE O TERCEIRIZADO, CELETISTA, E O SERVIDOR PÚBLICO

Edegar Krasinski Junior¹⁸¹
Clayton Gomes de Medeiros¹⁸²

INTRODUÇÃO

A terceirização trabalhista é um fenômeno que está em constante crescimento em nosso país, não existindo legislação que trate do tema de forma clara.

Este instituto é usado, atualmente, como forma de redução dos custos da mão de obra, e com isso, reduz drasticamente os direitos dos empregados terceirizados, sendo que o primeiro reflexo se dá no salário desta classe de trabalhador.

A Jurisprudência analisando as diversas formas de terceirização, seus pressupostos, validade e legalidade limita-se, por vezes, a declarar a ilegalidade da terceirização, reconhecendo, ou formando, o vínculo empregatício entre o tomador de serviços e o empregado terceirizado. Assim, os empregados terceirizados tem acesso a mais direitos trabalhistas e a eles são assegurados um padrão salarial maior.

181 Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado-UnC, campus Mafra – Santa Catarina. E-mail: ekj@r7.com

182 Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, graduado em Direito pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul-USCS, pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, professor dos cursos de Direito da Universidade do Contestado-UnC e das Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil. claytoncgm@hotmail.com

Entretanto, no que se refere à Administração Pública como tomador de serviços, a doutrina aponta que a atual Constituição Federal veda que seja formado o vínculo empregatício, mesmo quando praticada terceirização ilegal, haja vista a exigência de aprovação prévia em concurso público para a formação de vínculo empregatício com os entes públicos.

Assim sendo, ante a impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a Administração Pública, quando esta pratica terceirização ilegal o presente estudo debruça-se no estudo da possibilidade de equiparação salarial entre o empregado terceirizado, celetista, e o servidor público.

Para tanto, será apresentada às peculiaridades e as características da terceirização trabalhista, o regime de trabalho ao qual os empregados terceirizados se encontram. As características dos servidores públicos, bem como, os pressupostos e requisitos para que possa existir a equiparação salarial.

TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização trabalhista é uma modalidade de contratação através da qual, uma empresa (tomadora) contrata outra empresa (prestadora) para prestar serviços, assim esta última contrata empregados e põe a disposição da tomadora os trabalhadores, fazendo com que exista a figura de um terceiro na empresa, este terceiro não mantém vínculo com a tomadora, pois está somente a disposição desta.

No que se refere à expressão “terceiro”, “Entende-se que terceirização é vocábulo não contido nos dicionários e que seria um neologismo. *Terciariu* seria originário do latim, proveniente do ordinal três.”¹⁸³

Maurício Godinho Delgado ensina que “[...] O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.”¹⁸⁴

Quanto a finalidade da terceirização Ives Gandra da Silva Martins Filho fala que esta modalidade de contratação serve na atualidade, primordialmente, para a

183 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 226.

184 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 414.

“*Redução dos custos da produção pela especialização, com concentração da empresa principal na sua atividade produtiva fundamental e subcontratação de empresas secundárias para a realização das atividades acessórias e de apoio.*”¹⁸⁵

A propósito, é predominante o entendimento de que a terceirização atualmente é utilizada para a diminuição dos custos com a mão de obra.

Já no tocante à natureza jurídica da terceirização, Lourival Lopes Batista, aponta que é contratual, a qual consiste no acordo de vontades celebrado entre duas empresas, a prestadora e a tomadora, no qual a prestadora ou contratada prestará serviços à tomadora ou contratante, de forma continuada e em caráter de parceria.¹⁸⁶

Assim sendo, a empresa tomadora, contrata outra empresa, a prestadora, para que esta realize determinadas atividades. Trata-se, portanto, de um contrato civil, mas que surtem efeitos em relação aos direitos trabalhistas, como se verá adiante.

CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Não existe legislação que traz o conceito de terceirização, assim a doutrina se encarregou de trazer o conceito deste instituto.

No entendimento de Alice Monteiro de Barros a terceirização trabalhista consiste “[...] em transferir para outrem atividades secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na atividade-fim, transferindo as atividades-meio [...]”¹⁸⁷.

Amauri Mascaro Nascimento percebe que

Terceirizar é transferir a terceiros uma obrigação e um direito que originariamente seriam exercitáveis no âmbito do contrato-origi-nário, mas que passam, pela subcontratação, a gravitar no âmbito do contrato- derivado. Este é uma figura jurídica que corresponde ao

185 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de direito e processo do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

186 BATISTA, Lourival Lopes. Terceirização e sua aplicação na administração pública. In: SANTOS, Jerônimo Jesus dos (Org e coord.) **Temas aplicados de direito do trabalho e estudos de direito público**. São Paulo: LTr, 2012. p. 203.

187 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 357.

significado econômico do vocábulo que é usado, na linguagem trabalhista, para designar a transferência de atividade econômica de quem originariamente a exercitaria para o exercício de outra pessoa física ou jurídica, o que não é vedado pela lei mas pode ter implicações trabalhistas que também ocorrem na sucessão de empresas e em outras alterações que podem afetar direitos dos empregados, nas quais o contratante originário mantém a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores.¹⁸⁸

Como se observa, a terceirização é forma de contratação de outra empresa, contrato civil, portanto. Uma empresa, a tomadora, contrata outra, a prestadora, para que esta venha a colocar empregados a disposição da tomadora, assim insere-se um terceiro dentro da empresa.

DIFERENCIAÇÃO ENTRE EMPREGADO TERCEIRIZADO E O NÃO TERCEIRIZADO

Do ponto de vista factual, bem como legal, são vários os pontos que demonstram a diferença entre o empregado terceirizado e o não terceirizado.

A doutrina aponta que a terceirização mesmo em sua de forma lícita deixa o empregado terceirizado em uma situação diferente do empregado contratado direto, pois é quase inevitável o tratamento desigual dentro de uma empresa que possua empregados terceirizados prestando serviços ao lado de empregados contratados direto. Nesse sentido merecem destaques as palavras de Maurício Godinho Delgado

[...] na prática do mercado de trabalho, a adoção de um tratamento socioeconômico e jurídico substantivamente diferenciado ao trabalhador terceirizado, em contraponto com os empregados da empresa tomadora de serviços. Noutras palavras, o tratamento substantivamente diferenciado que até mesmo a terceirização lícita deferia ao trabalhador, em comparação aos empregados da mesma empresa

188 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 632.

tomadora de serviços, também levava os operadores do Direito a indagarem se a fórmula terceirizante, na verdade, não estaria conspirando contra princípios isonômicos básicos insculpidos na ordem jurídica do país.¹⁸⁹

Assim sendo, a terceirização mesmo lícita deixa os empregados em situação diferenciadas. Pois na maioria das vezes, os empregado contratados direto pela tomadora, possuem melhores condições de trabalho.

Outro ponto importante é a diferença salarial entre os trabalhadores contratados de forma direta com relação aos empregados terceirizados, isso porque os terceirizados recebem quase a metade do que recebe um trabalhador contratado direto, quem aponta essa discrepância é o Juiz do Trabalho Rafael da Silva Marques

O que se deve ter em mente é que a média salarial dos empregados no Brasil é de R\$1.800,00 ao mês. A dos terceirizados é de R\$1.000,00, ou seja, pouco mais da metade. Não fosse isso, a média salarial dos trabalhadores passaria de R\$2.000,00, com a inclusão social de boa parte da população obreira nacional, em especial os trabalhadores terceirizados, reduzindo, de fato, a desigualdade social, a diferença econômica entre ricos e pobres.¹⁹⁰

A locação de mão de obra fora das hipóteses lícitas da Lei nº 6.019/74, costuma trazer sérios prejuízos aos trabalhadores, pois se cria dois grupos de trabalhadores, de um lado os empregados contratados direto com seus direitos trabalhistas assegurados e mais bem remunerados, e de outro os terceirizados, que muitas vezes desempenham tarefas similares, no mesmo local e sob subordinação do mesmo patrão, tem uma relação de trabalho precarizada, com salários muito inferiores e sem quaisquer benefícios.¹⁹¹

Como se vê, a doutrina enfatiza que são muitas as diferenças de tratamento entre os empregados contratados diretos em relação aos terceirizados. Esta dife-

189 DELGADO, 2010, p. 445.

190 MARQUES, Rafael da Silva. Reflexões sobre a terceirização. *In* Revista Eletrônica nº 145/2012 – TRT da 4ª Região – RS - VIII. Rio Grande do Sul, 1ª quinzena, set. 2012. p. 125.

191 LIMA, Denise Hollanda Costa. **Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 47.

rença fica mais evidente em relação ao ganho salarial, pois como visto acima, os trabalhadores terceirizados recebem quase a metade do salário do trabalhador contratado direto para exercer, muitas vezes, o mesmo trabalho e sob subordinação do mesmo empregador, ou seja, do tomador de serviços.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Feitas, breves, considerações sobre a terceirização trabalhista, agora o estudo recairá sobre o princípio aplicáveis ao presente estudo.

Ressalta-se que existem vários princípios do direito do trabalho, porém, será abordado o principal, haja vista os fins propostos neste estudo.

O princípio da igualdade ou isonomia não é considerado princípio específico do Direito do Trabalho, é um princípio Constitucional, mas pode ser utilizado, a luz do ordenamento jurídico trabalhista, com o fim de corrigir juridicamente desigualdades fáticas. Uma vez que no Direito do Trabalho é evidente a desigualdade formal entre o trabalhador e o empregador.

A Constituição Federal - CF de grande relevância ao trabalho. Isso porque em seu texto em pelo menos, quatro momentos importantes: como fundamento da República (CF, art. 1º, inciso IV), como direito fundamental e social (CF, art. 6º), como fundamento da ordem econômica (CF, art. 170) e base da ordem social (CF, art. 193).

No *caput* do artigo 5º, da atual Constituição Federal está positivado o princípio da igualdade prescrevendo que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

A igualdade não é um conceito acabado, nem exato. A discussão em torno deste instituto começou com os pensadores da Grécia, há 2.300 anos, e existem 3 espécies de igualdade, a isonomia ou igualdade perante a lei, a isotimia ou igual direito dos cidadãos de ocupar cargos públicos, e a isegoria ou igual direito de exprimir com a palavra, ou o próprio pensamento.¹⁹²

192 NASCIMENTO, 2005, p. 132.

Amauri Mascaro Nascimento é incisivo em afirmar que “O direito do trabalho trata desigualmente situações iguais e igualmente situações iguais, com tendência maior para a realização da igualdade material.”¹⁹³

Ainda, o citado doutrinador, complementa seus ensinamentos apontando que “A Constituição de 1988 deu maior amplitude ao princípio da igualdade. O art. 7º, XXX e XXXI, veda a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil [...]”¹⁹⁴

Pelos argumentos acima expostos, fica claro que o princípio da igualdade deve ser aplicado às relações trabalhistas, mais especificadamente aos propósitos do presente estudo que abordará a possibilidade, em tese, da equiparação salarial entre empregado terceirizado e servidores públicos, que por óbvio são empregados diferentes, mas se executam o mesmo serviço podem ter tratamento isonômico.

OS EMPREGADOS

Neste tópico, cabe, antes de qualquer coisa, conceituar empregado. Para Maurício Godinho Delgado “Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.”¹⁹⁵

O conceito legal de empregado se extrai do artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o qual possui a seguinte redação:

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

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.¹⁹⁶

193 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 133.

194 NASCIMENTO, 2005, p. 134.

195 DELGADO, 2010, p. 337.

196 BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

Em análise a este instituto Carlos Henrique da Silva Zangrando destaca que “Da definição legal podemos inferir o próprio conceito: *empregado é toda pessoa humana que, numa relação jurídica de emprego, tem a obrigação de prestar serviços contínuos a outrem, de modo subordinado, e mediante remuneração.*”¹⁹⁷

A regra geral é o enquadramento da situação fática com relação jurídica criada pela lei, ou seja, cumprindo os requisitos legais contidos no artigo 3º da CLT, via de regra, estaremos diante da relação de emprego, o que forma a regra geral. Sendo que os empregados terceirizados se enquadram nesta regra.

SERVIDORES PÚBLICOS

Uma das primeiras distinções conceituais que devem ser feitas, acerca dos servidores públicos, é a abordagem concernente à diferença entre os termos “agentes públicos” e “servidores públicos”.

A doutrina ressalta que o termo agente público é mais amplo que servidor público. Assim servidor público é considerado espécie do gênero agente público.¹⁹⁸ A expressão “agente público” é utilizada em sentido amplo e genérico, não podendo confundir com as suas espécies: “servidor público” e “empregado público”.¹⁹⁹

Celso Antonio Bandeira de Mello aponta que

Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedade de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função

197 ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de direito do trabalho**. Tomo II. São Paulo: LTr, 2008. p. 451.

198 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 243.

199 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 16. ed. São Paulo; Método, 2008. a. p. 122-123.

ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.²⁰⁰

O que deve ser deixado claro é que o Estado é uma pessoa jurídica, e sua atuação jurídica depende da atuação material de um indivíduo. O agente público necessariamente é uma pessoa física, e é este agente público que forma e manifesta a vontade estatal, vinculando-se ao Estado por uma relação orgânica, sem se configurar como um representante em sentido próprio.²⁰¹

Feitas as considerações preliminares acerca dos servidores públicos, o que se mostra pertinente, abaixo será trazido o conceito sintético desta classe de trabalhador.

CONCEITO DE SERVIDOR PÚBLICO

Acima, ficou destacado que servidor público é espécie do gênero agentes públicos. Como dito, cabe agora trazer o conceito de servidor público.

Entendem Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente que

Servidor Público, em seu sentido estrito, é expressão utilizada para identificar aqueles agentes que mantêm relação funcional com o Estado em regime estatutário (legal). São titulares de cargos públicos, efetivos ou em comissão, sempre sujeitos a regime jurídico de direito público.²⁰²

Já Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta no sentido de que servidor público “[...] são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta* relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*.”²⁰³

Marçal Justen Filho traz a definição de servidor público nos seguintes termos

200 MELLO, 2009, p. 244.

201 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 704.

202 ALEXANDRINO; PAULO. 2008, a, p. 123.

203 MELLO, 2009, p. 248.

O servidor público é uma pessoa física que atua como órgão de uma pessoa jurídica de direito público mediante vínculo de direito público, caracterizado pela investidura em posição jurídica criada por lei, pela ausência de função política, pela ausência de integração em corporações militares e pela remuneração proveniente dos cofres públicos.²⁰⁴

Pelo acima exposto, ficou claro o conceito de servidores públicos, sendo aquelas pessoas que prestam serviço, sob vínculo permanente, para a Administração Pública, sendo integrantes dela. Diferem-se dos empregados, uma vez que possuem regime próprio, ou seja, são regidos por leis próprias, possuindo regime legal, sendo assim estão fora do regime “geral”, regime este celetista ou contratual, pois não são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Possuem, também, um regime próprio de aposentadoria, quando instituídos.

CARACTERÍSTICAS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Uma das principais características dos servidores públicos, é o regime próprio ao qual se filia, pois, “O Direito do Trabalho comum não se aplica aos servidores públicos (CLT, art. 7º, c)”²⁰⁵

O servidor público, muito embora, preencha os requisitos para ser classificado como um trabalhador, trabalhador não é, uma vez que a lei lhe dá definição jurídica diferente, “[...] Suas relações não possuem caráter contratual e são submetidas aos Estatutos dos Servidores editados pelos entes aos quais se vinculam.”²⁰⁶ “[...] É um regime típico de direito público.”²⁰⁷

Ademais, há outras particularidades que devem ser observadas para a caracterização do servidor público, no entender de Marçal Justen Filho são elas: a investidura no cargo, a criação de cargo por lei, ausência de função política, ausência

204 JUSTEN FILHO, 2009, p. 731.

205 ZANGRANDO, 2008, p. 514.

206 BRUNO. Reinaldo Moreira. OMO. Manolo Del. **Servidor público: doutrina e jurisprudência.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 14.

207 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado.** 3. ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo; Método, 2008. b. p. 350.

de integração em corporações militares e a remuneração proveniente dos cofres públicos. No que se refere à investidura, este é o ato em que o sujeito adquire a condição de servidor mediante um ato jurídico próprio do direito público. Também, ela não se dá através de um ato político, ou seja, o servidor não é um representante eleito pelo povo, o fundamento da investidura do sujeito não é a escolha popular, pelo voto popular. Ademais, servidor público usualmente ocupa um cargo público, cuja criação poder ser feita, somente, por meio de lei.²⁰⁸

Outro ponto importante, na caracterização de servidor público, é a ausência de integração em corporações militares, assim, o servidor público não é integrante das Forças Armadas, das Polícias Militares dos Estados ou do Distrito Federal ou dos Corpos de Bombeiros militares.

Por fim, outra característica é a que se refere à sua remuneração, esta deve ser proveniente dos cofres públicos, entende Marçal Justen Filho que

[...] Isso significa, por exemplo, que não se enquadram como servidores públicos os tabeliães e outros auxiliares do foro extrajudicial ou qualquer outro agente estatal que obtenha remuneração mediante pagamento percebido diretamente em face dos particulares.²⁰⁹

Com as características acima lançadas, bem como o conceito de servidor público, apresentado, chega-se ao patamar que se pretende buscar no presente estudo. Pois aqui se busca as características gerais desta classe especial de trabalhadores.

A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA E A EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A doutrina tanto do Direito do Trabalho, quando de Administração de Empresas percebem que a terceirização trabalhista no Brasil é uma fórmula adotada somente para a redução dos custos com a mão de obra. A empresa tomadora contrata outra empresa, a prestadora, e esta coloca a disposição daquela, empregados de forma permanente e com salários mais baixos do que os empregados da tomadora.

208 JUSTEN FILHO, 2009, p. 732-733.

209 JUSTEN FILHO, 2009, p. 733.

Uma das leis que disciplinam a terceirização é a Lei nº 6.019/74, admitindo, portanto, a terceirização de forma temporária. No artigo 12, alínea “a”, da citada lei, é assegurado aos trabalhadores temporários salário equitativo em relação ao mesmo trabalhador da empresa que contrata trabalhos temporários.

Neste passo, partes da doutrina e da jurisprudência, com base no princípio da isonomia, aceitam a aplicação analógica do dispositivo acima descrito a todas as formas de terceirização, sendo ela lícita ou não.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7^a, inciso XXX, diz que são direitos dos trabalhadores a proibição de qualquer diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Já o artigo 5^o, da CLT, prescreve que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”²¹⁰.

Os argumentos acima dão a ideia básica de equiparação salarial. Abaixo será abordado o conceito deste instituto, bem como será feita abordagem acerca da possibilidade de equiparação salarial entre o empregado terceirizado e o servidor público.

O CONCEITO DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Uma das vertentes, ou melhor, consequências do princípio da igualdade, isonomia, ou princípio da não discriminação, dentro das relações trabalhistas é notadamente a possibilidade da equiparação salarial.

Sobre a equiparação salarial Carlos Henrique da Silva Zangrando afirma que “[...] não se traduz num princípio, e sim num *remédio para corrigir eventual distorção de tratamento salarial*, efetuado sem justificativa pelo empregador, em relação aos empregados. [...]”²¹¹

Conceituando o instituto da equiparação salarial Maurício Godinho Delgado aponta que

210 BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

211 ZANGRANDO, 2008, p. 790.

*Equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalho idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de *paradigma* (ou *espelho*) e ao trabalhador interessado na equalização confere-se o epíteto de *equiparado*. Designam-se, ainda ambos pelas expressões *paragonados* ou *comparados*.²¹²*

Já Luciano Martinez ensina que a

Equiparação é o procedimento de correção de desigualdade salarial que tem por objetivo atribuir **igual retribuição**, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade, a quem preste trabalho de igual valor, em **idêntica função**, ao mesmo empregador, na mesma localidade.²¹³

A CLT em seu artigo 461 trata expressamente da possibilidade de equiparação salarial, trazendo os pressupostos, bem como os requisitos essenciais, como se observa:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

212 DELGADO, 2010, p. 742.

213 MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 445.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por atingüidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.²¹⁴

Pela leitura do artigo 461, da CLT, fica evidente que para se alcançar a equiparação salarial a lei impõe que se cumpram alguns requisitos.

Maurício Godinho Delgado entende que são quatro os requisitos da equiparação salarial, quais sejam: identidade de função exercida, identidade de empregador, identidade de localidade de exercício das funções e simultaneidade nesse exercício.²¹⁵

Aduz Luciano Martinez que “Os requisitos são cumulativos. Em outras palavras, não existirá possibilidade de equiparação salarial quando não estejam cumpridos todos os requisitos exigíveis. [...]”²¹⁶. No mesmo sentido entende Vólia Cessar Bomfim²¹⁷.

Para os fins propostos neste tópico, ficou claro o conceito de equiparação salarial lançado acima, bem como seus pressupostos caracterizadores. Outras questões serão abordadas em momentos oportunos.

A EQUIPARAÇÃO SALARIAL NA LEI Nº 6.019/74

No Brasil, a Lei nº 6.019 de 3 janeiro de 1974, introduziu o regime jurídico do trabalho temporário.

O trabalho temporário tem por objetivo de suprir momentaneamente uma necessidade transitória de substituição e de acréscimo extraordinário de serviços

214 BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

215 DELGADO, 2010, p. 742.

216 MARTINEZ, 2012, p. 446.

217 BOMFIM, Vólia Cessar. **Direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 925.

da empresa tomadora, assim, afasta-se de seu campo de incidência o trabalho contínuo, que não poderá ser objeto de ajuste nesse contrato especial.²¹⁸

O conceito legal de trabalho temporário está disposto no artigo 2º, da Lei nº 6.019/74 nos seguintes termos: “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.”²¹⁹

Entretanto, “Essa definição não é por si totalmente elucidativa. Deve ser completada com outro conceito da mesma lei (art. 4º): [...]”²²⁰ o qual está assim disposto:

Art. 4º. Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.²²¹

Expostas as noções básicas da Lei nº 6.019/74, o que se faz necessário, antes de ser tratada da equiparação salarial trazida por este comando legal.

O artigo 12 da Lei nº 6.019/74 traz rol, meramente exemplificativo²²², de direitos assegurados aos trabalhadores temporários. Na alínea “a”, do comentado artigo prevê “[...] remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção de salário mínimo regional. [...]”²²³

Sobre a aplicação deste artigo Maurício Godinho Delgado argumenta que

Este preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência na devida extensão, de *modo*

218 BARROS, 2011, p. 352.

219 BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

220 NASCIMENTO, 2011, p. 1016.

221 BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

222 BARROS, 2011, p. 354.

223 BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei n. 6.019. Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva o trabalhador temporário.²²⁴

Ricardo Resende comentando o chamado salário equitativo assevera que seria extremamente discricionário um empregado exercer as mesmas funções que outro, às vezes substituindo-o, numa das hipóteses legais de admissão de temporários, porém recebendo menos por este trabalho.²²⁵

Messias Pereira Donato observa que na esfera de direito positivo infraconstitucional, a legislação distingue equivalência e equiparação do trabalho. O art. 12, da Lei nº 6.019/74, assegura ao trabalhador temporário remuneração equivalente. Trata-se de empregados diferentes, não se cuidando de trabalho igual, não sendo o caso de equiparação de salário.²²⁶

Assim sendo, depreende-se dos preceitos legais acima, que na hipótese de terceirização lícita, através da contratação de mão de obra temporária, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, deve ser pago ao trabalhador temporário salário igual ao recebido pelo empregado da tomadora, calculados sobre à base horária. “[...] Trata-se de hoje chamado *salário equitativo*.”²²⁷

Portanto, não se trata de equiparação salarial propriamente dita, mas sim de um salário equitativo.

224 DELGADO, 2010, p. 427.

225 RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 204.

226 DONATO, Messias Pereira. **Curso de direito individual do trabalho**. São Paulo; LTr, 2008, p. 485.

227 DELGADO, 2010, p. 427.

EQUIPARAÇÃO ENTRE O EMPREGADO TERCEIRIZADO E O SERVIDOR PÚBLICO

Existem alguns elementos favoráveis à possibilidade de equiparação salarial entre o trabalhador terceirizado com o servidor público, e outros contra.

Primeiramente cabe destacar os desfavoráveis.

O primeiro obstáculo que se pode ventilar é o regime jurídico diferenciado, pois enquanto os trabalhadores celetistas tem seu regime jurídico regido pelo contrato, já os servidores públicos tem regime próprio, ou legal.

Foi dito que há peculiaridades que se apresentam entre as duas categorias de trabalhadores, o servidor público é considerado uma classe especial de trabalhador, pois, por mais que estejam presentes todos os requisitos legais para configuração de empregado, empregados não são, uma vez que a lei lhes dá classificação jurídica especial.

Por tal motivo, regimes jurídicos diversos, é que parte da doutrina entende que não pode haver equiparação salarial.

Já no tocante aos requisitos insculpidos no artigo 461 da CLT, a equiparação salarial entre o empregado terceirizado e o servidor público esbarra na exigência da figura do “mesmo empregador”.

O empregado terceirizado pertence à empresa tomadora de serviços (terceirizada) e o servidor público é vinculado à tomadora (Administração Pública), assim não preenche o requisito do “mesmo empregador”.

Também o artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, veda a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.²²⁸

Assim, há uma evidente afronta aos princípios administrativos e ao artigo 37, inciso XIII a equiparação salarial, tendo como paradigma o servidor público.

Restando esses os pontos desfavoráveis à equiparação entre o empregado terceirizado e o servidor público.

Entretanto, há entendimento diverso, em que se admite a possibilidade de equiparação salarial entre o servidor público e o trabalhador terceirizado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e proteção.

Deve-se levar em consideração que

228 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

[...] a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em *mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país*. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a a essência do Direito do trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.²²⁹

Ainda, Maurício Godinho Delgado aponta que artigo 12, “a”, da Lei do Trabalho Temporário é plenamente compatível com as demais situações de terceirização, devendo sem aplicado analogicamente a tais caso, pois na terceirização de curto prazo impõe-se a isonomia, muito mais necessário é impor nas situações de terceirização permanente, considerando-se que a perversidade da discriminação é mais grave, profunda e constante.²³⁰

Como se vê, o doutrinador admite a aplicação do salário equitativo, previsto na Lei do Trabalho Temporário, a todas as formas de terceirização, para que se evite a discriminação, reforçando que nos casos de terceirização permanente a discriminação é ainda maior.

Já no tocante à impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre os empregados terceirizados e a Administração Pública, Maurício Godinho Delgado assevera que

A resposta certamente não estaria em se negar eficácia ao democrático e ético preceito do art. 37, *caput*, II e §2º, CF/88 (lançando-se no limbo da história todo o esforço de democratização e moralização da administração pública que foi incorporada pela Constituição de 1988). *A resposta está na garantia de observância da isonomia* (art. 5º, *caput*, *ab initio*, e inciso I; art. 7º, XXXII, CF/88) *no núcleo*

229 DELGADO, 2010, p. 428.

230 DELGADO, 2010, p. 429.

*da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita.*²³¹

Como vê nos ensinamentos do doutrinador acima, é possível que seja feita a equiparação salarial entre o empregado terceirizado e o servidor público com base no princípio da isonomia. Quando praticada terceirização ilegal. Ainda complementa dizendo que

*O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador de serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas – sem retificação, contudo de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que esse tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não perpetre maiores benefícios a seu praticante (art. 159, CCB/1916; arts. 186 e 927, caput, CCB/2002).*²³²

Como visto, Maurício Godinho Delgado afirma, ainda, que a comunicação remuneratória deve ser praticada entre o servidor público e o empregado terceirizado, pois no caso de terceirização ilícita a Administração Pública estaria se beneficiando com o ilícito, sendo a comunicação remuneratória o mecanismo para que haja uma certa compensação aos benefícios advindos pela prática ilegal da administração pública.

231 DELGADO, 2010, p. 431.

232 DELGADO, 2010, p. 432.

Quanto ao contido no artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal, que veda a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.²³³

Explicando todos os termos preceito Constitucional citado acima, José Afonso da Silva assevera que

Não há confundir isonomia e paridade com *equiparação* ou *vinculação* para efeitos de vencimentos. *Isonomia* é igualdade de espécies remuneratórias entre cargos de atribuições iguais ou assemelhados. *Paridade* é um tipo especial de isonomia, é igualdade de vencimentos a cargos de atribuições iguais ou assemelhadas pertencentes a quadros de Poderes diferentes. *Equiparação* é a comparação de cargos de denominação e atribuições diversas, considerando-os iguais para fins de se lhes conferirem os mesmo vencimentos; é *igualação* jurídico formal de cargos antologicamente desiguais, para o efeito de se lhes darem vencimentos idênticos, de tal sorte que, ao aumentar-se o padrão do cargo-paradigma, automaticamente o do outro ficará também majorado na mesma proporção. Na isonomia e na paridade, ao contrário, os cargos são antologicamente iguais, daí devendo decorrer a igualdade de retribuição; isso está de acordo com o princípio geral da igualdade perante a lei: tratamento igual para situações reputadas iguais, é, em verdade, aplicação do princípio da isonomia material: trabalho igual deve ser igualmente remunerado. A *equiparação* quer tratamento igual para situações desiguais. *Vinculação* é relação de comparação vertical, diferentemente da equiparação, que é relação horizontal. [...] ²³⁴

Com os ensinamentos do José Afonso da Silva acima, fica clara as distinções entre os três institutos: isonomia e paridade com equiparação ou vinculação para efeitos de remuneração. Sendo que para os fins deste trabalho a isonomia não pode ser afastada pela aplicação do artigo 37, inciso, 37, inciso XIII, da Consti-

233 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

234 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 688.

tuição Federal. Pois, na isonomia os cargos são antologicamente iguais, devendo decorrer a igualdade de retribuição.

Assim sendo, verifica-se que há a possibilidade de deferir um salário igual ao trabalhador terceirizado e o servidor público, quando as duas classes de trabalhadores executam o mesmo trabalho, haja vista o princípio da isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a abordagem das noções básicas sobre a terceirização, princípios aplicáveis, dos sujeitos da relação de emprego, bem como os pressupostos para a equiparação, analisou-se a possibilidade de equiparação salarial entre o empregado terceirizado, celetista, e o servidor público.

A terceirização trabalhista, portanto, se caracteriza pela existência de um intermediador entre o tomador de serviços e os empregados. O tomador de serviços contrata outra empresa para que esta venha a colocar empregados à disposição do tomador de serviços. A Administração Pública também se utiliza dessa modalidade de contratação, terceirizando os mais diversos serviços, colocando um trabalhador terceirizado, com um regime jurídico celetista, sem as peculiaridades administrativas, ao lado dos servidores públicos.

Neste trabalho tratou-se especificamente acerca dos pressupostos para que haja equiparação salarial entre os empregados. Neste ponto destacam-se os seguintes requisitos: identidade de função exercida, identidade de empregador, identidade de localidade de exercício das funções e simultaneidade nesse exercício. E esses requisitos devem ser preenchidos simultaneamente.

Portanto, equiparação salarial, nos moldes da CLT, entre o empregado terceirizado e o servidor público não ocorre, haja vista que o empregado tem regime diverso do servidor público, e aquele é contratado por uma empresa que presta serviços à Administração Pública. Assim, não se preenche o requisito que se refere à “identidade de empregador”.

De outra banda, foi visto que, uma das modalidades de terceirização lícita praticada atualmente é aquela realizada por intermédio da Lei do Contrato Temporário, Lei nº 6.019/74. E esta lei, no seu artigo 12, alínea “a”, assegura salário equitativo no caso de substituição de empregado permanente pelo empregado terceirizado, o temporário.

Em observância a esta lei, a doutrina então, lançou mão de corrente que admite a aplicação analógica do artigo citado acima, a todas as formas de terceirização. Pois se a lei admite a aplicação do o salário equitativo na terceirização de pequena duração, que ocorre com o trabalho temporário, não há objeção em admitir salário equitativo aos demais trabalhadores terceirizados, pois o trabalho de longa duração é muito mais pernicioso.

Assim, mesmo tendo regimes de contratação e permanência no trabalho diferenciados, pelo menos, no que se refere ao salário a doutrina e Jurisprudência admite a possibilidade de deferimento de um salário equitativo ao empregado terceirizado, que presta o mesmo serviço que o servidor público, no caso da ilegalidade na terceirização.

A doutrina também aponta que assegurado um salário equitativo este é o remédio a impedir que a Administração Pública, se beneficie em praticar terceirização ilícita, uma vez que não pode ser reconhecido vínculo entre o terceirizado e a Administração Pública.

Ressalte-se que não se trata, portanto, de equiparação salarial nos moldes da CLT, mas sim de um salário equitativo aplicando analogicamente a Lei do Contrato Temporário, tendo como base o princípio da igualdade (isonomia).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 16. ed. São Paulo; Método, 2008. a

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito constitucional descomplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo; Método, 2008. b

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BATISTA, Lourival Lopes. Terceirização e sua aplicação na administração pública. In: SANTOS, Jerônimo Jesus dos (Org e coord.) *Temas aplicados de direito do trabalho e estudos de direito público*. São Paulo: LTr, 2012.

BOMFIM, Vólia Cessar. *Direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências.

BRUNO, Reinaldo Moreira. OMO. Manolo Del. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. São Paulo; LTr, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Denise Hollanda Costa. *Terceirização na administração pública: as cooperativas de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARQUES, Rafael da Silva. *Reflexões sobre a terceirização*. In: Revista Eletrônica nº 145/2012 – TRT da 4ª Região – RS - VIII. Rio Grande do Sul, 1ª quinzena, set. 2012.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual de direito e processo do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.

RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*. Tomo II. São Paulo: LTr, 2008.

O TRABALHO DAS MULHERES E O INÍCIO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

Clarissa Maçaneiro Viana²³⁵

INTRODUÇÃO

As mulheres trabalhadoras não surgiram com a Revolução Industrial, como por vezes se afirma - antes mesmo do ascenso do sistema fabril, as mulheres das classes mais baixas já lutavam pelo seu sustento e o dos filhos. Se nos países europeus as mulheres sempre trabalharam, como afirma HESSLER-HARRIS²³⁶, no Brasil não foi diferente.

As mulheres burguesas não tinham muitas atividades fora do espaço privado, sendo basicamente treinadas para desempenhar o papel de mãe e demais atividades “do lar”, como costurar e bordar²³⁷, porém a realidade das mulheres de classes mais baixas era outra. No trabalho informal havia aquelas que comercializavam o excedente da produção de quintal e aquelas que realizavam vendas regularmente, com a plantação voltada para o comércio por meio das feiras livres. Nos domicílios era comum o preparo de quitutes por cozinheiras e a venda de refeições

235 Advogada trabalhista graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná em 2013 e pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da EMATRA/PR (Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná).

236 KESSLER-HARRIS, A.; *Women have always worked: a historical overview*. Nova York: The Feminist Press, 1981.

237 FALCI, Miridan Knox. Mulheres do sertão nordestino Em: DEL PRIORE, Mary; BASSANEZI, Carla Beozzo (orgs.). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Livraria UNESP, 2007, p.241-277.

diárias, bem como a realização de atividades para empresas mediante pagamento por peça, notavelmente a confecção de roupas²³⁸.

Da mesma forma, no período de vigência do regime escravocrata as mulheres negras eram condenadas aos trabalhos forçados em fazendas, canaviais e também nas tarefas da Casa Grande, como amas de leite, cozinheiras, tecelãs, carpinteiras e “mão de obra para todo e qualquer serviço”²³⁹ – as conhecidas “criadas”. Estas, desde a Abolição até a atualidade, se mantêm como trabalhadoras dos setores mais precarizados e desqualificados, possuindo os piores salários e condições de trabalho.

No Brasil, o primeiro surto industrial fomentado pelo fim da escravatura durante a segunda metade do século XIX trouxe a necessidade de ampliação do contingente de mão de obra das fábricas, devido ao aumento da produção de mercadorias, impelindo os empregadores a buscarem novos setores para adentrarem o mercado produtivo. A crescente urbanização e crescimento populacional dos grandes centros urbanos, junto da expansão do setor industrial, configurou o cenário no qual as mulheres, de início, passaram a representar parcela significativa da mão de obra nele alocada.

As atividades no espaço produtivo que mais se assemelhavam às atividades realizadas por elas no espaço doméstico foram as que mais absorveram mulheres em seus postos de trabalho. Em 1872, quando o Brasil realizou seu primeiro censo, as mulheres compunham aproximadamente 45% do total de trabalhadores, sendo que 35% eram empregadas na agricultura e 33% nos serviços domésticos remunerados²⁴⁰. Elas que constituíam 28% do total da força de trabalho alocada em atividades industriais - entretanto, nas indústrias têxteis, representavam 96,2% do total de trabalhadores²⁴¹.

Assim, diante desta realidade pungente e da ebulição das manifestações dos trabalhadores operários ao redor do país, o que viriam a ser as primeiras normas acerca da regulamentação do trabalho também trataram de dispor acerca do

238 MATOS, Maria Izild; BORELLI, Andrea. Espaço feminino no mercado produtivo. Em: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (org.). *Nova história das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2012. P. 130.

239 FALCI, 2007, p. 250.

240 PENA, Maria Valéria Junho. *Mulheres e Trabalhadoras*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. P. 86.

241 SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O Trabalho da Mulher no Brasil*. Perspectivas, São Paulo, 5: 115-135, 1982. P. 118.

trabalho feminino. Dentro da conjuntura da época e das contradições que então emergiam, elas se constituíram de maneira a reiterar determinados estereótipos e papéis sociais atribuídos às mulheres, como exporemos adiante.

AS PRIMEIRAS NORMAS SOBRE O TRABALHO FEMININO: LEGISLAÇÃO ESPARSA

O contexto de discriminação e desvalorização do trabalho feminino, para além das suas vantagens no plano econômico (baixa remuneração e manutenção do exército industrial de reserva), também continha grande carga de preconceito no espectro imagético coletivo. Às mulheres associavam-se características como a fragilidade, subserviência, delicadeza e docilidade - não é por acaso que sua figura constantemente era assemelhada à de uma criança²⁴², associando-a à infantilidade, desamparo e incapacidade de resistência aos abusos patronais. Seguiremos com a análise dos dispositivos legais relativos ao Direito do Trabalho para em seguida aprofundar sobre o contexto de sua promulgação.

A primeira peça legal que diferenciava homens e mulheres foi o Decreto n. 1.313 de 1891, relativo ao trabalho dos menores nas fábricas: além da proibição de contratação de menores de 12 anos em todos os ramos industriais, exceto o têxtil, a limitação de jornada de 7h não consecutivas e 4h consecutivas valia para os meninos entre 12 e 14 anos e para as meninas de 12 a 15 anos²⁴³.

Já as leis que visavam à regulamentação do trabalho das mulheres adultas começaram a surgir em 1917 com Lei Estadual n. 1.596, válida para o estado de São Paulo, a qual proibia o trabalho de mulheres no último mês de gravidez e primeiro puerpério nos estabelecimentos industriais²⁴⁴, posteriormente englobando também as pautas presentes na greve de 1917²⁴⁵. Diversos códigos sanitários du-

242 RAGO, Luzia Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar, Brasil 1890-1930*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1987, p. 63.

243 GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003. P. 141.

244 CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: Ed. LTr, 2000, p. 30.

245 As reivindicações da greve, formuladas pelos representantes das ligas operárias, eram:
1º - Que sejam postas em liberdade todas as pessoas detidas por motivo de greve;

rante a década de 1920 também restringiam o trabalho feminino e estabeleciam normas acerca da licença-maternidade, como o Regulamento Nacional de Saúde Pública de 1923²⁴⁶, que facilitava a licença-maternidade por trinta dias antes e após o parto, bem como recomendava a operacionalização de lugares adequados para amamentação nos locais de trabalho.

Em 1923 surge a primeira regulamentação acerca dos serviços domésticos remunerados, o Decreto n.º 16.107. Além de elencar quais as profissões caracterizadas como tal²⁴⁷, o documento previa a necessidade de posse de carteiras de identificação por parte desses trabalhadores, que conteriam os registros dos empregadores e a causa da dispensa, quando ocorrida. Vale registrar que a carteira de trabalho só seria obrigatória para os demais trabalhadores em 1932.

Quanto às normas internacionais, o Brasil, na condição de membro da Organização Internacional do Trabalho e signatário de todas suas convenções, também abarcou as recomendações relativas ao trabalho das mulheres. Alice Monteiro de BARROS assevera que:

-
- 2º - Que seja respeitado do modo mais absoluto o direito de associação para os trabalhadores;
 - 3º - Que nenhum operário seja dispensado por haver participado ativa e ostensivamente no movimento grevista;
 - 4º - Que seja abolida de fato a exploração do trabalho de menores de 14 anos nas fábricas, oficinas etc.;
 - 5º - Que os trabalhadores com menos de 18 anos não sejam ocupados em trabalhos noturnos;
 - 6º - Que seja abolido o trabalho noturno das mulheres;**
 - 7º - Aumento de 35% nos salários inferiores a 5\$000 e de 25% para os mais elevados;
 - 8º - Que o pagamento dos salários seja efetuado pontualmente, cada 15 dias, e, o mais tardar, 5 dias após o vencimento;
 - 9º - Que seja garantido aos operários trabalho permanente;
 - 10º - Jornada de oito horas e semana inglesa;
 - 11º - Aumento de 50% em todo o trabalho extraordinário”. (grifo nosso)
- (disponível em <http://www.projetomemoria.art.br/RuiBarbosa/glossario/a/greve-1917.htm>, acesso em 09 de setembro de 2013).

246 CALIL, 2000, p. 30.

247 “Art. 2º São locadores de serviços domésticos: os cozinheiros e ajudantes, copeiros, arrumadores, lavadeiras, engomadeiras, jardineiros, hortelões, porteiros ou serventes, enceradores, amas secas ou de loite, costureiras, damas de companhia e, de um modo geral, todos quantos se empregam, á soldada, em quaesquer outros serviços de natureza identica, em hoteis, restaurantes ou casas de pasto, pensões, bars, escriptorios ou consultorios e casas particulares.” BRASIL, Lei nº. 16.107 de 30 de julho de 1923.

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, em que se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo n. 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiverem no ciclo gravídico-puerperal.²⁴⁸

A Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, referiu-se inicialmente ao trabalho das mulheres nas suas convenções 3 e 4²⁴⁹. A Convenção n.º 3, em vigor a partir de 1921, garante à mulher uma licença-maternidade de seis semanas antes e após o parto, além de prever intervalos para amamentação e a estabilidade da gestante. O Brasil ratificou essa convenção em 1934 e a promulgou através do Decreto n.º 423 de 12 de novembro de 1935²⁵⁰. Ela foi revista pela Convenção n.º 103 de 1952, que ampliou o campo de aplicação das normas relativas à maternidade “estendendo-as às empregadas de setores não industriais, às empregadas agrícolas, domésticas e às que trabalham em domicílio”²⁵¹, que não estavam abarcadas pela Convenção anterior, além de dispor sobre a interrupção do trabalho para fins de aleitamento. Entretanto, o Brasil, ao

248 BARROS, Alice Monteiro de. O trabalho da mulher: revisão de conceitos. Em: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. P. 51.

249 CALIL, 2000, p. 31.

250 Idem, *ibidem*.

251 BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 44.

ratificá-la, excluiu de sua aplicação as trabalhadoras domésticas e rurais, por meio de declaração anexa à ratificação²⁵².

Já a Convenção n.º 4 proibia o trabalho noturno das mulheres, exceto para aquelas que realizavam seus trabalhos em estabelecimento onde trabalhavam membros de uma mesma família²⁵³, e foi ratificada pelo Decreto n.º 1.296 de 19 de janeiro de 1937. Posteriormente ela foi revista pela Convenção n.º 41, ratificada pelo Brasil em 1936, e esta, por sua vez, revista pela Convenção n.º 89 de 1948, aqui ratificada em 1957²⁵⁴.

Somente em 1932 é que foram aprovadas leis definitivas acerca do tema no Brasil, com o Decreto n.º 21.417-A. Influenciado pelas normas internacionais, ele estabeleceu em seu art. 1º que “sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor corresponde salario igual”²⁵⁵, bem como a vedação ao trabalho feminino das 22h às 6h nos estabelecimentos industriais e comerciais (excetuando as que trabalhavam nos lugares elencados pelo art. 3º²⁵⁶), além de dispositivos acerca da proteção à maternidade. Em 1934 o Decreto n.º 24.273 criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comerciantes, de modo a estabelecer o auxílio-maternidade às empregadas do comércio²⁵⁷.

252 Idem, *ibidem*.

253 CALIL, 2000, p. 32.

254 GOSDAL, 2003, p. 143.

255 BRASIL, Decreto n.º 21.417-A de 17 de maio de 1932.

256 “Art. 3º. Não estão compreendidas na proibição estabelecida pelo art. 2º :

- a) as mulheres empregadas em estabelecimentos onde só trabalhem pessoas da família a que pertencerem;
- b) as mulheres cujo trabalho for indispensável para evitar a interrupção do funcionamento normal do estabelecimento, em caso de força maior imprevisível que não apresente caráter periódico, ou para evitar a perda de matérias primas ou substâncias perecíveis;
- c) as mulheres que pertencerem ao serviço dos hospitais, clínicas, sanatórios e manicômios e estiverem diretamente incumbidas do tratamento de enfermos;
- d) as mulheres, maiores de 18 anos, empregadas em serviços de telefonia e radiofonia;
- e) as mulheres que, não participando de trabalho normal e contínuo, ocupem posto de direção-responsável.

Art. 4º. As mulheres empregadas em estabelecimentos industriais e comerciais é vedado remover matérias de peso superior ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade pública”.

BRASIL, Decreto n.º 21.417-A de 17 de maio de 1932.

257 GOSDAL, 2003, p. 142.

No âmbito constitucional, a Constituição de 1934, de tendência social-democrática e inspirada na Constituição de Weimar, positivou várias normas relativas aos direitos trabalhistas que já eram presentes nas legislações infraconstitucionais, como a jornada diária de 8 horas, igualdade salarial entre homens e mulheres, proibição de trabalho destas em atividades insalubres, salário-maternidade e licença-maternidade²⁵⁸. Entretanto, com a Carta de 1937, advinda do golpe que instituiu o Estado Novo getulista, não previu a igualdade salarial entre os gêneros, bem como a estabilidade da gestante. Resultante de tal omissão, em 1940 o Decreto-lei n.º 2.548 expressa a possibilidade das mulheres receberem salários até 10% menores do que os pagos aos homens²⁵⁹.

A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO: UM BREVE RESGATE HISTÓRICO

Em 1943, sistematiza-se a legislação social e trabalhista até então esparsa e cria-se a Consolidação das Leis do Trabalho, cujo capítulo II do Título III intitulou-se “Da Proteção ao Trabalho da Mulher”. Para compreender a CLT na sua totalidade, é importante que seja feita a análise do contexto histórico no qual esta foi formulada, qual seja, o da ditadura varguista do Estado Novo, e os caminhos trilhados pela regulamentação do trabalho no Brasil.

Durante o período posteriormente chamado de República Velha (1889-1930), ainda que não houvesse uma legislação trabalhista geral positivada, é inverídica a afirmação muitas vezes feita de que o Estado se abstinha de envolver nas relações entre o patronato e os operários. Muito pelo contrário, o que se percebia é que a questão social era tratada como uma questão de polícia²⁶⁰, mediante a dura repressão às greves, piquetes e demais manifestações operárias, com os sindicatos sendo frequentemente invadidos e fechados, bem como a redação dos jornais operários²⁶¹.

Outrossim, não é possível dizer que havia um vácuo normativo no período anterior à CLT – haviam normas, porém estabelecidas para o operariado pelas

258 CALIL, 2000, p.34.

259 Idem, ibidem.

260 MUNAKATA, Kazumi. *A legislação trabalhista no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1981. P. 9.

261 Idem, p. 9.

próprias empresas, que regulavam o trabalho de forma quase exclusiva²⁶². O que não existia eram normas gerais que organizassem as relações entre a compra e venda da força de trabalho, principalmente devido à preponderância do discurso liberal que rechaçava a intervenção do Estado nas relações privadas. Tal projeto seria concretizado mediante um direito que, na classificação de RAMOS FILHO, seria instrumental (que normatizasse a sociedade através de condicionantes), formal (calcado na suposta igualdade entre os contratantes de modo a perpetuar a reprodução do capitalismo) e pacificador (por meio do Poder de Império)²⁶³.

Apesar de a doutrina liberal ser calcada no pressuposto da igualdade formal, a conjuntura da época não poderia ser mais distante dessa premissa. Os conflitos entre a burguesia e o operariado eram frequentes, dada a desigualdade social e os processos de organização da classe trabalhadora nas reivindicações por mais direitos e pelo fim da exploração.

Em 1906 o Congresso Operário do Brasil elenca um plano de lutas, que culmina na Greve Geral de 1907²⁶⁴, e os primeiros sindicatos de resistência são formados, com militância predominantemente anarquista e socialista (o chamado sindicalismo vermelho). Fruto das reivindicações da Greve Geral de 1917, foi criada a primeira lei ampliada de natureza previdenciária, que buscava regular a reparação e proteção do trabalhador diante dos acidentes de trabalho²⁶⁵. De 1919 a 1922 é organizado o Partido Comunista do Brasil (PCB), bastante influenciado pela Revolução Russa²⁶⁶, o qual traz a importância das lutas pela positivação de direitos como modo de mobilização coletiva e de melhoria de vida dos trabalhadores. Acerca da conjuntura do início do século XX, MUNAKATA destaca que:

De um lado, há o perigo latente que representa a miséria dos trabalhadores: afinal, foi no bojo da Primeira Guerra Mundial e em meio a grande miséria que ocorreu a vitória da Revolução Russa (1917). Daí, propõem-se preventivamente medidas de proteção ao trabalhador. De outro lado, essas mesmas medidas representam um grande ris-

262 RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012. P. 49.

263 Idem, p. 50.

264 Idem, p. 52.

265 Idem, p. 58.

266 Idem, p. 56.

co, como a legislação trabalhista significa maior ônus ao capital, os produtos dos países que a adotarem serão mais caros que os daqueles que não o fizerem; nessa medida, cria-se um a situação de competição desigual” entre os países no comércio internacional – o que pode gerar uma nova guerra mundial. Por isso, a condição para implantação das leis trabalhistas é sua aceitação por parte da maioria dos países (senão de todos).²⁶⁷

Pode-se observar, dessa maneira, que normas da OIT que buscavam regulamentar o trabalho não atuavam orientadas pelo interesse de prevalência dos interesses do proletariado em detrimento dos patronais, e sim como forma de organizar o sistema capitalista de produção a nível mundial, de modo a viabilizá-lo como projeto societário²⁶⁸.

É nesse contexto que surgem as primeiras iniciativas de intervenção legal no trabalho, com a criação do Departamento Estadual do Trabalho em 1911 no estado de São Paulo e em 1918 do Departamento Nacional do Trabalho (inexistente na realidade²⁶⁹). Também houve a criação do Tribunal Rural de São Paulo, ainda que de natureza civilista, para lides que envolvessem contratos de locação de serviços agrícolas. Posteriormente tem-se a criação do Conselho Nacional do Trabalho, em 1923, a fim de efetivar os compromissos assumidos pelo Brasil no Tratado de Versalhes²⁷⁰. Vale lembrar que somente na Revisão Constitucional de 1926 é que se atribuiria à União a competência para legislar acerca do trabalho, o que até então cabia aos estados, pela vigência do modelo federalista.

Não obstante, é possível identificar leis anteriores a esse período que podem se configurar como uma “intervenção estatal significativa no âmbito contratual”²⁷¹, como: a lei de 1831, que considerava livres os escravos vindos de fora do Império; a de 1834, que previa a designação de curador para verificar as condições de trabalho dos escravos; a chamada Lei do Ventre Livre, que em 1871 assegurava a

267 MUNAKATA, 1981, p. 31-32.

268 RAMOS FILHO, 2012, p. 53.

269 MUNAKATA, 1981, p. 32.

270 Idem, p. 37.

271 RAMOS FILHO, 2012, p. 60.

liberdade aos filhos dos escravos; a Lei dos Sexagenários de 1885 e a Lei Áurea, em 1888²⁷².

A necessidade do Estado de manter o *status quo* e os privilégios já garantidos à burguesia, porém de modo a também apaziguar a classe trabalhadora, implicou na antiga máxima de “dar os anéis para não perder os dedos”. A revolta dos grupos populares causada pelas péssimas condições de empregos demandou uma intervenção estatal que buscasse regular e disciplinar as relações de produção, conforme afirma PENA:

(...) toda a movimentação política da Primeira República mostrava, de um ângulo, a revolta dos grupos populares diante dos níveis de exploração a que estavam submetidos e, de outro, a incapacidade das empresas e empresários em lidar com a situação explosiva que se configurava. Dessa forma, a organização do trabalho fabril tornava cada vez mais imperativa a intervenção do Estado no sentido de regular e disciplinar as relações de produção²⁷³.

Assim, o processo de ruptura com o liberalismo e com a política de “estado mínimo”, visando à promoção da industrialização no país e o apaziguamento dos conflitos de classe que emergiram no começo do século XX²⁷⁴, culmina na chamada “Revolução de 1930”, que derruba o então presidente Washington Luís e inicia o governo provisório liderado por Getúlio Vargas. Ela traz como característica a instauração de uma intervenção governamental efetiva nas relações de trabalho, e, conforme John FRENCH afirma, “uma combinação de paternalismo estreito e inflexível com tutela autoritária [que] enfraqueceu as organizações autônomas de classe e precipitou a perda da radicalidade do movimento operário brasileiro”²⁷⁵, dando origem a uma classe operária dependente e focada no movimento sindical burocratizado e controlado diretamente pelo Estado.

A criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 26 de novembro de 1930 se insere na linha de interferência estatal normativa no conflito en-

272 Idem, p. 60.

273 PENA, 1981, p. 151.

274 RAMOS FILHO, 2012, p. 64.

275 FRENCH, John. *Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2001. P. 78.

tre capital e trabalho. Lindolfo Collor, primeiro titular da pasta, trouxe intensa atividade legislativa relativa à organização sindical e aos direitos trabalhistas, de acordo com a concepção dos sindicatos como mediadores dos conflitos entre os patrões e os trabalhadores.

Assim, a correlação de forças presente no governo populista de Getúlio Vargas e que deu origem à CLT que teve profundos desdobramentos para dentro e fora dos movimentos sociais organizados. Não obstante houvesse (e ainda haja) o descompromisso da lei com a realidade brasileira, como inclusive afirmado pelos seus próprios elaboradores²⁷⁶, é fato que ela teve papel decisivo na subjetividade da classe operária. A criação, à época, do “mito da outorga”, que traz as leis trabalhistas como concessões do “pai dos pobres”, de um governante benfeitor comprometido com as demandas populares teve suas reverberações.

Ao metamorfosear as reivindicações em dádivas, Vargas encontrou na legislação trabalhista o elemento essencial para a viabilização de seu projeto, tanto na sua resultante sociopolítica quanto para dar o salto de industrialização que o país buscava. Aqui se compreende, por exemplo, o papel do salário mínimo para além de seus reais nexos políticos: era necessário também estabelecer um patamar salarial mínimo para a acumulação industrial no Brasil, regulamentando a emergente mercadoria-força-de-trabalho e, desse modo, dotar o país de um mercado interno sólido, o que somente seria possível por meio da criação do salário mínimo nacional.²⁷⁷

Esse processo de cooptação foi calcado também na dura repressão às lideranças do movimento operário, forçando a filiação dos trabalhadores aos sindicatos oficiais com a Lei da Sindicalização (Decreto n.º 19.770 de 1931) e rompendo com a autonomia das organizações ao atribuir ao sindicato o papel de mero mediador

276 John D. FRENCH, em *Afogados em Leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*, relata a entrevista feita nos anos 1980 com o idealizador da CLT, Segadas Vianna, na qual ele explica que os industriais não temiam a legislação trabalhista “porque a burguesia não acreditava que aquilo fosse posto em prática. Achava que aquilo era mais – como de fato era um pouco – para efeito externo”, para “nos projetar mais, dizendo que estávamos fazendo alguma coisa”.

277 ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006, p. 501.

das relações entre o governo, o patronato e os trabalhadores e proibir manifestações “ideológicas”. Cláudio DEDECCA afirma que:

(...) o governo Vargas estabeleceu as instituições de regulação do contrato de trabalho, mas o fez limitadamente. Ademais, burocratizou e cerceou a ação sindical, impedindo que sua emergência forçasse a difusão do modelo de regulação que se constituía. O Estado, por seu turno, pouco fez para que a CLT passasse a regular efetivamente os contratos de trabalho que deveriam ser por ela abarcados. Em sua, a regulação pública foi, em grande medida, apenas de natureza formal.²⁷⁸

Assim, prosseguia-se com a política de aparelhamento dos espaços legítimos para reivindicações da classe trabalhadora, com vistas à sua desmobilização e consequente burocratização.

O CAPÍTULO “DA PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER”

Acerca do capítulo “Da proteção do trabalho da mulher”, pode-se afirmar que não houve qualquer inovação legislativa, visto que foram mantidas as normas que já regulavam o trabalho feminino, tendo sido apenas compiladas²⁷⁹. É expressa também na CLT, para Léa Elisa Silingowschi CALIL, a preocupação com a saúde das mulheres²⁸⁰, partindo-se do pressuposto de que estas são interiores fisicamente aos homens²⁸¹, por meio dos dispositivos que as proibia de realizar

278 DEDECCA, Cláudio Salvadori. Flexibilidade e regulação de um mercado de trabalho precário: a experiência brasileira. Em: GUIMARÃES, Nadya Araújo; HIRATA, Helena (orgs). *Trabalho flexível, empregos precários? Uma comparação Brasil, França, Japão*. São Paulo, Ed USP, 2009. P. 135.

279 CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: Ed. LTr, 2000. P. 41.

280 Idem, p. 41.

281 Existe um grande debate acerca dos motivos pelos quais hoje as mulheres tendem a ser, de modo geral, mais fracas que os homens, se seria devido ao condicionamento social ocorrido com o passar dos séculos, ou se provém efetivamente de diferenças biológicas. Entretanto, não nos debruçaremos sobre tal polêmica, por ser um debate extenso e que não se relaciona diretamente com o tema aqui tratado.

horas extraordinárias sem atestado médico que autorizasse²⁸², bem como a vedação do trabalho destas em serviços que necessitem do emprego da força muscular superior a 20 quilos nos trabalhos contínuos ou 24 quilos no trabalho ocasional (art. 390). Igualmente, a busca pela proteção à sua saúde tinha como consequência a proteção à sua capacidade reprodutiva.

A vedação ao trabalho noturno (art. 379), em consonância com a análise trazida no começo deste capítulo, enquadrava-se no rol de reivindicações que buscava uma proteção à integridade moral da mulher²⁸³. Somente se permitia sua realização, como exceção, em bares, hotéis, restaurantes e similares, mediante a apresentação atestado médico e atestado de bons antecedentes de trabalhadora²⁸⁴. Igualmente, a proibição também buscava “garantir que a operária, se já fosse ou viesse a ser mãe, estaria em casa em horários compatíveis com a criação de filhos”²⁸⁵.

O artigo 379 da CLT passou por diversas alterações, e somente foi revogado com a Lei n.º 7.855 de 24 de outubro de 1989, em reconhecido avanço da legislação, vez que, como afirma Alice Monteiro de BARROS:

(...) a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem e, por

282 Art. 375, revogado pela Lei 7.855 de 1989.

283 CALIL, 2000, p. 42.

284 Na redação inicial:

“Art. 379. É vedado à mulher o trabalho noturno, considerado este o que for executado entre as vinte e duas (22) e as cinco (5) horas do dia seguinte.

Parágrafo único. Estão excluídas da proibição deste artigo, além das que trabalham nas atividades enumeradas no parágrafo único do art. 372:

a) as mulheres maiores de dezoito (18) anos, empregadas em empresas de telefonia, rádio-telefonia ou radiotelegrafia;

b) as mulheres maiores de dezoito (18) anos, empregadas em serviços de enfermagem;

c) as mulheres maiores de vinte e um (21) anos, empregadas em casas de diversões, hotéis, restaurantes, bars, e estabelecimentos congêneres;

d) as mulheres que, não participando de trabalho contínuo, ocupem postos de direção.”

BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452 de 1º de maio de 1943.

285 CALIL, 2000, p. 42.

isso mesmo, recomenda-se o afastamento do empregado, em geral, desse turno.²⁸⁶

Compreende-se que a promulgação de normas como a supracitada, ou seja, de dispositivos que busquem assegurar a maior preservação possível da saúde e bem estar dos trabalhadores no exercício da função, não deve ser restrita apenas às mulheres, sob pena de reiterar os estereótipos que a colocam como “sexo frágil”, e sim estendida a todas as pessoas que trabalham.

Outro dispositivo da CLT que recaía sobre a mesma problemática era o artigo 387 da CLT, que proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras, na construção civil e nos serviços perigosos e insalubres elencados à época. Ele foi revogado pela mesma lei que revogou o art. 379, sendo passível da mesma crítica feita a esse artigo – não se conhece grandes distinções entre as consequências dos serviços perigosos e insalubres para homens e mulheres, com exceção às mulheres grávidas ou em estado puerperal²⁸⁷.

O artigo 393 e seu respectivo parágrafo estabelecem a incumbência do empregador em pagar os salários integrais durante as seis semanas anteriores e as seis posteriores ao parto, orientação baseada na Constituição Federal de 1937, que garantia à gestante a sua licença sem prejuízo do salário. Entretanto, tal dispositivo não condizia com o propugnado pela Convenção n.º 3 no que concerne ao ônus do empregador em pagar o salário no período gestacional, vez que se avaliava consistir em conduta discriminatória, dado que a possibilidade das mulheres de engravidar e gerar prejuízos para o empregador poderia causar a não contratação destas, por se tratar de uma mão de obra mais onerosa. Em 1974, a promulgação da Lei n.º 6.136 alterou essa disposição, colocando como encargo dos fundos públicos o pagamento do salário-maternidade.

No artigo 5º da CLT é estabelecido que a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo, sendo que o artigo 461, na redação atual, prevê que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”. Acerca de ambas as normas, PENA

286 BARROS, Alice Monteiro de. O trabalho da mulher: revisão de conceitos, in PENIDO, Laís de Oliveira. *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. P. 53.

287 Idem, *ibidem*.

coloca que abrem-se “brechas para a intensificação da exploração da mulher e para as diferenciações salariais no interior da mesma categoria profissional de trabalhadores/as, isto é, promovendo hierarquias e quebrando a solidariedade de classes”²⁸⁸, visto que disparidade de funções entre os gêneros é fomentada também para burlar eventuais pedidos de equiparação salarial, mesmo quando os serviços realizados são os mesmo.

A “PROTEÇÃO JURÍDICA” COMO MANUTENÇÃO DO PAPEL SOCIAL DA MULHER

A análise dos dispositivos que lidam com a temática do trabalho feminino, tanto os presentes na CLT como as Convenções da OIT, possibilitam a compreensão do caráter do tratamento que era dado às mulheres trabalhadoras no início do século XX.

Por um lado, o “ser mulher” era intrinsecamente conectado às funções relativas ao espaço reprodutivo, como a maternidade e cuidados da prole, funções estas reiteradas pelo discurso oficial – PENA cita os discursos aviltados pelos Boletins do Ministério do Trabalho, que em seu primeiro volume trazia matéria com trechos como “o trabalho feminino diminui o apego familiar e dissolve a unidade moral da vida da família”²⁸⁹. Dessa forma:

Por caminhos sofisticados e sinuosos se forja uma representação simbólica da mulher, a esposa-mãe-dona-de-casa, afetiva mas assexuada, no momento mesmo em que as novas exigências da crescente urbanização e do desenvolvimento comercial e industrial que ocorrem nos principais centros do país solicitam sua presença no espaço público as ruas, das praças, dos acontecimentos da vida social, nos teatros, cafés, e exigem sua participação ativa no mundo do trabalho²⁹⁰.

288 PENA, 1981, p. 169.

289 Idem, p. 158.

290 RAGO, 1986, p. 62.

Assim, o Direito, ao formular as normas que abarcam o trabalho das mulheres, entende-o como a exceção, como uma especificidade, em contraposição à regra que pauta o assalariamento ser próprio aos homens. A partir disso, a existência de um capítulo específico na CLT para reger o trabalho feminino demonstra que este seria passível de vicissitudes tais que ensejariam uma proteção estatal jurídica diferenciada, relativa às diversas faces que ele apresenta (para além da maternidade). A normatividade teria que ser diversa para um setor cuja exploração se dá de forma distinta, qual seja, a extração de mais-valia concomitante à realização dos serviços domésticos – era “inscrever na lei suas peculiares condições de exploração”²⁹¹. Conforme afirma Thereza GOSDAL:

Os fundamentos para a proteção especial destinada à mulher eram das mais variadas ordens, de fisiológicas, vinculadas à reprodução, aos biológicos (maior fragilidade física), morais (ligados à sexualidade da mulher e à conduta dela esperada, de mulher “honesta”) e familiares (voltados à preservação da estrutura familiar e manutenção da autoridade marital). Havia também a finalidade de proteger postos de trabalho masculinos, tanto assim que em muitos países estas leis que proibiam o trabalho noturno das mulheres e limitavam as horas de trabalho se aplicavam apenas ao trabalho fabril e ofícios em que os homens predominavam, excluindo-se, por exemplo, a agricultura e o trabalho doméstico.²⁹²

Tanto a dita “preservação da família” como a integridade física e “moral” das mulheres eram garantidas pela restrição à jornada de trabalho e horas extras, pelas normas relativas à maternidade²⁹³ e pela proibição ao trabalho insalubre, pe-

291 PENA, 1981, p.167.

292 GOSDAL, Thereza Cristina. Diferenças de gênero e discriminação no trabalho. Em: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 145.

293 “A maternidade constitui tema constante das propostas que visam a mulher: seu acesso ao trabalho é restrito em nome de sua fecundidade e do direito de sua prole à vida e aos cuidados maternos: a lei, protegendo a mulher, constituía trabalhadores para o futuro e garantia serviços domésticos não pagos. (...) Não resta a menor dúvida de que foi em nome das funções reprodutivas da mulher e da instituição social da maternidade que as primeiras medidas de legislação respectivamente a seu trabalho foram tomadas.” (RAGO, 1987, p. 53)

rigoso e noturno em determinados serviços. Como GOSDAL afirma no trecho supracitado, a proibição também atuava em serviço da reserva de mercado para os homens, o que traduzia uma preocupação expressada também pelo movimento sindical da época, majoritariamente composto por eles.

Apesar de tais premissas, era também fato que o trabalho feminino se mostrava necessário para o sustento das famílias, que mesmo quando continham com os rendimentos da figura masculina, ainda assim não correspondiam às necessidades de sobrevivência das classes baixas. A presença destas nos trabalhos informais, à domicílio e nos espaços fabris denotam que não estava na ordem do dia para as trabalhadoras a não-venda de sua força de trabalho.

Por outro lado, a incorporação destas não era rechaçada pelos empregadores, visto que, além das características da mão de obra feminina resultantes de sua presença massiva no exército industrial de reserva (possibilidade de pagamento de salários menores e alongamento das jornadas de trabalho), as características consideradas “típicas de toda mulher” eram aproveitadas também para a realização de determinadas atividades. Segundo inquérito conduzido pelo Departamento Nacional do Trabalho em 1931, essas características seriam:

(...) as moças não fumam nem se levantam de cinco em cinco minutos como os rapazes; não tem preocupação financeira, ou as dominam, não deixando o trabalho ou trabalhando menos, pelo fato de terem compromissos pecuniários, como acontece frequentemente aos homens; são mais dóceis, mais pacientes, mais dedicadas ao serviço; não tem aspirações, ou são mais modestas nas mesmas.²⁹⁴

Assim, ainda que a Consolidação das Leis do Trabalho possa ser considerada uma conquista dos trabalhadores, cujos tensionamentos no governo de modernização conservadora getulista foram tamanhos que ensejaram a criação das referidas normas, também é verdade que a exclusão das mulheres nos espaços de deliberação e discussão política fomentou o distanciamento entre as reivindicações formuladas pelos movimentos feministas da época e as leis consolidadas.

Os movimentos operários e grevistas, praticamente em sua totalidade, reitereavam as premissas impostas às mulheres, não somente nos seus espaços diretivos

294 PENA, 1981, p.159.

e internos, mas também no conteúdo de suas reivindicações²⁹⁵. Margareth RAGO relata que “as denúncias que a imprensa operária publica sobre a exploração do trabalho da mulher apelam, em primeiro lugar, para o problema moral da sexualidade e para os obstáculos à realização da função materna”²⁹⁶.

A fábrica era vista como um espaço insalubre, sujo e mal iluminado, espaço no qual as mulheres correriam o risco de corromper-se física e espiritualmente²⁹⁷, de modo que é possível observar como o *locus* do trabalho é colocado na condição de antítese do lar. A fomentação da dualidade entre a “mulher honesta, de boa conduta”, e a mulher “da vida”, a mulher desonrada, aproximou os debates acerca do trabalho das mulheres às questões relativas à sexualidade dessas²⁹⁸. O mundo do trabalho seria semelhante em termos simbólicos ao cabaré, lugar onde estavam as mulheres “perdidas”, em contraposição ao espaço do lar, próprio às mulheres “dignas”, seguro e digno.

Também era atribuída a culpa dos problemas de violência urbana, mendicância e abandono de menores ao trabalho feminino, supostamente responsável pela desagregação da família²⁹⁹, e, portanto, pelas mazelas sociais decorrentes da criação indevida ou insuficiente da prole e da falta de atenção ao cônjuge.

Dessa forma, ao aterem-se ao aspecto moral da relação de exploração e dominação exercida nas fábricas, os jornais operários defendiam a valorização do trabalho masculino e a volta das mulheres ao seu “habitat natural”, o lar³⁰⁰. Pode-se

295 É preciso compreender, entretanto, que o movimento sindical, assim como qualquer movimento social, é composto por indivíduos que estão inseridos na sociedade e também reproduzem os preconceitos existentes nela. Assim, tais posicionamentos acerca do trabalho feminino, ainda que contraditórios em essência com o conteúdo das reivindicações gerais (que frequentemente pregavam o fim da exploração), não consistem em “má vontade” ou em “maldade” dos operários organizados, mas uma expressão das contradições às quais todos os movimentos que se pretendem contra hegemônicos são submetidos – o que não pode nem deve impedir que estas sejam combatidas.

296 RAGO, 1987, p. 67.

297 Idem, *ibidem*.

298 RAGO, Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade Em: PRIORE, Mary Del (org.); BASSANEZI, Carla (coord. de textos). *História da Mulheres no Brasil*. São Paulo Contexto, 2012, 10ªed, p. 589.

299 Idem, p.588.

300 RAGO, 1987, p. 68.

observar que essa preocupação é também fruto do medo da perda dos empregos ocupados por homens para as mulheres e crianças.

Era frequente a busca pelos sindicatos em justificar a própria reprodução das relações desiguais de gênero no âmbito do movimento sindical, vez que as mulheres, no papel de “sexo frágil”, não seriam aptas a tal tarefa. Entretanto, se os movimentos anarquistas e socialistas, de maneira geral, creditavam o fim da opressão às mulheres como decorrente do fim do capitalismo, secundarizando a luta em prol desta última, também é verdade que essa posição encontrava vozes destoantes.

Bertha Lutz, que em 1918 liderou a recém-criada Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, é uma das conhecidas militantes da luta pelo sufrágio feminino. As anarquistas e socialistas que vieram depois trariam o recorte classista para o movimento de mulheres, a exemplo de Maria Lacerda de Moura, uma das militantes que mais se destacou à época, publicando em jornais da imprensa anarquista como “A Plebe” e “O Combate”. Patrícia Galvão, a Pagu, lançava em 1932 o romance Parque Industrial, que retratava as difíceis condições de trabalho das mulheres, submetidas a assédios sexuais e longas jornadas de trabalho. Ela relata que “enquanto as fêmeas da burguesia descem de Higienópolis e dos bairros ricos para a farra das *garçonnières* e dos *clubs*, a criadagem humilhada, de touquinha e avental, conspira nas cozinhas e nos quintais dos palacetes. A massa explorada cansou e quer um mundo melhor!”³⁰¹.

CONCLUSÃO

A análise da legislação regulamentadora da mão de obra feminina, conjuntamente com uma breve contextualização acerca da conjuntura na qual estas foram elaboradas, tanto sob a perspectiva da posição social assumida pelas mulheres quanto diante das lutas populares que fomentaram tais processos, possibilita a observação de qual o papel que o Direito do Trabalho assume nos mais diversos períodos.

Na condição de um produto da correlação de forças que o fomenta na sociedade capitalista, ele tem momentos de maior ou menor inflexão, mais garantias

301 RAGO, 2012, P. 594 *apud* GALVÃO, 1933, p. 125.

à classe trabalhadora ou mais repressão, ainda que não rompa efetivamente com os interesses das classes dominantes em última instância (pois ele se cria, como o conhecemos hoje, a serviço desta).

No caso do período aqui analisado, qual seja, o início do século XX, o surgimento das normas trabalhistas, no que diz respeito ao trabalho feminino, assume o papel de limitá-lo, não pela sua característica intrínseca de gerar mais-valia, mas sim pela necessidade da época de reiterar o local feminino por excelência como o do lar. O trabalho feminino, visto como a exceção – ainda que, faticamente, não o fosse –, traduz a visão majoritária da época, compartilhada pelos setores da burguesia e também por grande parte do movimento sindical, como pode-se observar nos exemplos aqui citados.

REFERÊNCIAS

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

_____, Alice Monteiro de. O trabalho da mulher: revisão de conceitos. Em: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. p. 51-82.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: Ed. LTr, 2000.

FALCI, MiridanKnox. Mulheres do sertão nordestino Em: DEL PRIORE, Mary; BASSANEZI, Carla Beozzo (orgs.). *História das Mulheres no Brasil*. São Paulo: Livraria UNESP, 2007, p.241-277.

FRENCH, John. *Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003.

_____, Thereza Cristina. Diferenças de gênero e discriminação no trabalho. Em: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 305-318.

MATOS, Maria Izild; BORELLI, Andrea. Espaço feminino no mercado produtivo. Em: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (org.). *Nova história das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2012.

PENA, Maria Valeria Junho. *A Mulher na Força de trabalho. Boletim Informativo e Bibliográfico de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro (9): 11-21,1980.

_____, Maria Valéria Junho. *Mulheres e Trabalhadoras: presença feminina na constituição do sistema fabril*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

RAGO, Luzia Margareth. *Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar, Brasil 1890-1930*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1987.

_____, Luzia Margareth. Trabalho Feminino e Sexualidade. Em: PRIORE, Mary Del (org.); BAS-SANEZI, Carla (coord. de textos). *História da Mulheres no Brasil*. 9ªed, p. 589.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectiva no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Força de trabalho feminina no Brasil: no interior das cifras*. Perspectivas, São Paulo, v.8, p.95-141, 1985. Disponível em <http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/1848/1515>. Acesso em 23 de setembro de 2013.

_____, Heleieth Iara Bongiovani. *O fardo das brasileiras*. Em: *Mulher Brasileira: a caminho da libertação*. São Paulo: Escrita Ensaio, ano 4, n. 5, 1979.

SOUZA-LOBO, Elizabeth. *A classe operária tem dois sexos*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

TRANSEXUALIDADE E O USO DO BANHEIRO DA EMPRESA

Daniel Lisboa³⁰²
Guilherme Mayer Amin³⁰³

A conquista dos direitos humanos, que perpassa pela concretização dos direitos de primeira a quarta dimensão (ou geração), ainda está em continuidade. Nos Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, as formas de proteção à dignidade do ser humano – seu maior patrimônio – têm sido aperfeiçoadas.

Nesta nova era de afirmação da dignidade humana, ganharam grande relevo, no campo da Antropologia e da Psicologia, as pesquisas sobre gênero, sexualidade e diversidade sexual. Concepções ocidentais historicamente comuns acerca desses temas têm sido desconstruídas e reformuladas pelos estudiosos desde a década de 1960. A principal delas é a de sexo/gênero.

Temas conexos demonstram essa variabilidade. Se há menos de 50 anos a homossexualidade era considerada anomalia³⁰⁴ (e ainda o é, infelizmente, por parcela politicamente organizada da sociedade), cada vez mais as pessoas compreendem

302 Juiz do Trabalho no TRT da 12ª Região, mestre em direito das relações sociais pela UFPR, e professor.

303 Advogado.

304 Interessante passagem, em que se notam os rudimentos de solidariedade ao diferente, ainda que tratando a questão como doença, pode ser extraída de Hazer (1959, p. 79): “O homossexualismo é uma doença e como tal deve ser tratada. Devido à ignorância geral da sociedade, os homens com essa doença são considerados criminosos, muitas vezes são mesmo processados. Ao contrário, deveriam êsses desviados ser amparados e tratados. São vítimas de um impulso a que não conseguem resistir.”

dem que se trata apenas de uma orientação sexual – não uma “opção”, tampouco uma doença. A transexualidade haverá de seguir o mesmo caminho.

Atualmente, sexo e gênero são reconhecidos como conceitos distintos, ainda que análogos. O **sexo** refere-se às conformações biológicas do indivíduo, analisadas sob a perspectiva da reprodução (“macho”, “fêmea” – homem e mulher), enquanto **gênero** é a convicção pessoal, subjetiva de cada pessoa acerca de sua identidade social, o que pode incluir o aspecto sexual. Daí falar-se em **identidade de gênero**, que é a assimilação personalíssima do indivíduo com uma identidade masculina, feminina ou mesmo nenhuma dessas (HENRIQUES; BRANDT; JUNQUEIRA; CHAMUSCA, 2007, p. 19).

De fato, o órgão genital nada diz sobre a construção subjetiva que define o ser humano que o porta. Assim é que, por exemplo, homens que não têm mais os testículos, retirados cirurgicamente no tratamento de câncer, continuam sendo tão homens quanto antes, se é dessa forma que se sentem. Sua identidade de gênero, que os acompanha, é masculina. O mesmo ocorre com as mulheres que retiram os seios, ovários ou útero no tratamento de doenças.

Uma pessoa transexual também não é definida pelo órgão genital com que nasceu. Ela se identifica com um gênero diferente do seu sexo biológico e passa, naturalmente, a agir e perceber-se socialmente de acordo com a sua identidade de gênero.

Por isso, a pessoa transexual que pertença ao gênero feminino, sentindo-se, percebendo-se e agindo como mulher, tem o direito de ser tratada igualmente como mulher – independentemente de ter realizado ou não cirurgia de transgenitalização. Ela é mulher, pois o que a torna uma está muito à frente de sua genitália ou do sexo que consta formalmente de seus documentos. Convém rememorar a célebre locução de Simone de Beauvoir (1967, p. 9): “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Quando a situação é oposta, a conclusão é a mesma.

A prerrogativa de ser tratado(a) de acordo com sua identidade de gênero decorre da própria dignidade humana de que o(a) transexual é titular (art. 1º, III, da CRFB), bem assim do direito ao igual respeito e consideração que, como esclarece Ronald Dworkin (2002, p. 419), a todos deve ser reconhecido. E vale lembrar, com José Afonso da Silva (2010, p. 196), que a promoção da dignidade humana do outro significa a exaltação da sua própria.

Também de se recordar que essas espécies de direitos contam com eficácia horizontal, que permite sua imposição não só verticalmente ao Estado, mas perante particulares – chamada por alguns de eficácia transversal dos direitos fundamen-

tais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 268). E isso se dá mesmo em relações jurídicas privadas com subordinação jurídica autorizada, como o contrato de emprego.

Nesse contexto, o empregador do(a) trabalhador(a) transexual tem a obrigação de respeitá-lo(a) na sua identidade de gênero, abstendo-se de qualquer tratamento discriminatório (art. 3º, IV, da CRFB, art. 373-A, CLT, art. 1º, Lei 9.029/95, art. 3º, § 1º, Lei 11.340/06).

Essa obrigação se origina, pelo menos, de duas bases jurídicas: primeiro, do dever específico decorrente da normatividade da principiologia constitucional – dada a constatação da hermenêutica contemporânea, que confere eficácia normativa aos princípios, contrapondo-os às regras enquanto espécies do mesmo gênero: normas (ALEXY, 2001, p. 83). Segundo, do dever anexo de conduta do empregador-contratante, inerente à sua boa-fé objetiva (art. 422 do CC c/c art. 8º, parágrafo único, da CLT).

Por conseguinte, o poder empregatício atribuído pelo ordenamento jurídico ao empregador (arts. 1º, IV e 170, II, da CRFB, art. 2º da CLT) deve ser exercido na conformidade das normas constitucionais e internacionais de valorização da pessoa do trabalhador (arts. 1º, IV, 7º, “caput” e 170, III e VIII, da CRFB, art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil).

Logo, em todas as suas dimensões – diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar (DELGADO, 2013, p. 663) –, o exercício do poder empregatício encontra limites na sua contraface: os direitos fundamentais e da personalidade do trabalhador. Entre estes, estão os direitos dos(as) empregados(as) transexuais à identidade de gênero e à imagem (art. 5º, V e X, da CRFB e arts. 11 e 12 do CC).

A identidade de gênero, enquanto direito fundamental, tem sido reconhecida em diversas esferas, especialmente pelo Poder Judiciário, que já há mais de 10 anos vem autorizando retificações de prenome em registro civil e, mais recentemente, também de sexo, sem qualquer apontamento de que se trata de pessoa operada – como se nota da decisão do TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 994.08.04577-8, de 23/02/2010.

Para além da eficácia vertical do direito, como dito, também a horizontal deve ser reconhecida aos cidadãos e cidadãs.

Desse modo, não se verifica motivo para que o(a) empregado(a) não seja tratado no ambiente de trabalho pelo prenome que elegera como seu, e com as condições inerentes ao gênero com o qual se identifica.

Estabelecidos tais pressupostos, não se pode negar que a utilização do banheiro feminino no ambiente de trabalho é um direito da empregada transexual. O mesmo no que se refere ao empregado transexual em relação ao masculino, se assim sentir-se confortável.

O comum argumento de que a presença da mulher transexual não transgenitalizada, em banheiro feminino, causaria risco de violência sexual às empregadas do sexo feminino não se sustenta. É que não existe estimativa nem estatística alguma sobre violência sexual sofrida por mulheres cujos agentes sejam transexuais. Preocupante, na realidade, é o risco de violência, inclusive sexual, de mulheres transexuais em banheiros masculinos.

Consequentemente, o empregador não pode vedar ao empregado ou empregada transexual a utilização do banheiro condizente com sua identidade de gênero. Tal proibição, inevitavelmente, acarretaria grave constrangimento ao(à) trabalhador(a), ofendendo seus direitos de personalidade. O ato, então, consistiria em abuso do poder fiscalizatório, eivado de nulidade (art. 187 do CC c/c arts. 8º, parágrafo único, e 9º da CLT) e passível de condenação a compensação por dano moral (art. 927 do CC).

Quanto aos demais empregados, compete-lhes respeitar as diferenças e tolerar, com consciência e sem discriminação, o compartilhamento do banheiro com o(a) colega. A transexual é mulher e é exatamente nessa qualidade que seu empregador e os demais empregados devem tratá-la. Da mesma forma, o transexual.

É bem verdade que a questão gera polêmica. As opiniões individuais, baseadas em arraigados valores morais e religiosos, são díspares.

Normalmente, o debate mais acalorado envolve as necessidades das transexuais e o uso do banheiro feminino. Basta dizer que há projetos de lei em Salvador/BA, e União dos Palmares/AL, dispondo sobre o uso de banheiros públicos. No primeiro caso, para autorizar³⁰⁵; no segundo, para proibir³⁰⁶. Há, ainda, tentativas de evitar conflitos sem, contudo, enfrentar a questão – como a construção de um

305 Disponível em: <<http://www.pimenta.blog.br/2014/01/10/polemica-projeto-que-autoriza-travesti-a-usar-banheiro-feminino-esta-parado-na-camara-de-salvador/>>. Acesso em: 30/09/2014.

306 Disponível em: <<http://cadaminuto.com.br/noticia/229561/2013/10/21/proibicao-de-acesso-de-travestis-a-banheiros-femininos-causa-polemica>>. Acesso em: 30/09/2014.

terceiro banheiro³⁰⁷. Trata-se, essa última, de ato manifestamente alheio à noção de inclusão, a qual deve servir de mote para a solução desse problema social.

Nessa linha, reconhecida ao(à) empregado(a) a faculdade de escolha de uso do banheiro, deverá também o empregador atuar na conscientização de respeito à diversidade.

Atitudes de hostilização ou afronta de colegas do sexo feminino que compartilham o banheiro com a transexual impõem ao empregador a realização de campanhas educativas, ou mesmo a punição, em casos mais graves, na forma que lhe autoriza o ordenamento jurídico ao reconhecer o poder disciplinar (art. 2º da CLT). Não se tolera, nesse quadro, a prática do chamado assédio moral horizontal, que ocorre entre colegas de mesma hierarquia na empresa.

A prerrogativa legal do poder disciplinar consiste, na esfera punitiva, em verdadeiro poder-dever – e comporta, portanto, utilização também como elemento pedagógico. Sem essa precaução e/ou repressão, poderá o empregador responder pessoalmente tanto pelos atos das empregadas que se oponham abusivamente ao compartilhamento (arts. 932, III e 933 do CC) quanto por sua própria omissão em coibir condutas discriminatórias (art. 186 do CC).

Naturalmente, esse raciocínio é aplicável também ao trabalho dos empregados transexuais (nascidos biologicamente mulheres, mas com identidade de gênero masculina). Há aí um desdobramento do próprio princípio constitucional da igualdade de sexo (art. 5º, I, da CRFB).

O debate, evidentemente, ocorrerá na microsociedade que compõe a empresa. E para garantir a intimidade dos trabalhadores, seja qual for o sexo ou gênero, o empregador poderá providenciar box individuais nos banheiros, de modo a assegurar que ninguém seja obrigado a compartilhar sua intimidade (art. 5º, X, da CRFB). Segue-se aqui a mesma linha que veda a revista íntima, já positivada (art. 373-A, VI, da CLT).

Não se trata de um terceiro banheiro, como já se apontou ser indevido, mas sim de espaços individuais exclusivos, acessíveis a partir dos tradicionais banheiros masculino e feminino, para utilização de todos os empregados que frequentam o banheiro indicado a seu sexo e optem pela intimidade quando trocam de roupa ou fazem suas necessidades.

307 Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2011/01/banheiro-exclusivo-para-comunidade-lgbt-cria-polemica-no-rio.html>>. Acesso em: 30/09/2014.

O box individual funcionará ainda como meio para a transação que levará à desejada aceitação recíproca, entre os trabalhadores, de suas diferenças. De todo modo, o ideal é que no ambiente empresarial haja uma arquitetura geral que garanta o direito fundamental de cada empregada e empregado à intimidade. Muitas pessoas, transexuais ou não, por uma sensação mais profunda de pudor, não se sentem confortáveis em banheiros públicos sem espaços privados exclusivos. Cuida-se de questão cultural, que deve ser respeitada.

A inclusão de minorias, a derrubada de paredes que comportam as dessemelhanças e a compreensão do direito como instrumento para a diminuição ou mesmo desaparecimento de estigmas sociais devem ser as pedras de toque tanto na interpretação jurídica quanto na efetivação das normas. Afinal, o pluralismo e a solidariedade foram reconhecidos como objetivos fundamentais da República Constitucional Brasileira (art. 1º, V e art. 3º, I, da CRFB).

Assim como somente nas sociedades plurais há democracia, é no respeito ao próximo – e à sua natural e necessária diferença – que se concretiza o pluralismo. Feliz o dia em que não apenas aceitaremos nossas diferenças, mas celebraremos nossa diversidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BEAUVOIR, S. de. *O segundo sexo – volume II: a experiência vivida*. Trad. Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HAZER, W. *A vida sexual da mulher*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Universo, 1959.
- HENRIQUES, R.; BRANDT, M. E. A.; JUNQUEIRA, R. D.; CHAMUSCA, A. *Gênero e diversidade sexual na escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos*. Brasília: Cadernos SECAD 4 – Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação – SECAD/MEC, 2007.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

**PARTE IV - PERSPECTIVAS
DE PROTEÇÃO CONTRA A
DESPEDIDA À LUZ DAS NORMAS
INTERNACIONAIS**

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO RELATIVAS AL DESPIDO INJUSTIFICADO

Natan Elkin³⁰⁸

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de esta publicación es el de actualizar los términos de un debate cada vez más intenso sobre el despido injustificado, debate que refleja la tensión entre los intereses de las empresas, los derechos de los trabajadores y la responsabilidad de los gobiernos de privilegiar políticas tendientes al pleno empleo.

308 Natan Elkin ha sido jefe de la unidad responsable de los convenios sobre políticas del empleo del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo (septiembre de 2001-junio de 2016). Los colegas Karen Curtis, Corinne Vargha y Stanley Gacek tuvieron la amabilidad de revisar el documento y el autor agradece los comentarios recibidos. Este documento no refleja una posición oficial de la Organización Internacional del Trabajo.

El 20 de marzo de 2014, en Curitiba, el autor tuvo el honor de dictar una conferencia en el II Seminário de Nucleação dos Programas de Pós-Graduação em Direito, cuyo video se encuentra en: <https://www.youtube.com/watch?v=ku9CjEbyZho>. Una primera versión de este documento se publicó en un número especial de la Revista Eletrônica del Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, volumen 5, número 48, marzo de 2016. La presente versión del documento contiene algunos elementos que actualizan el texto hasta marzo de 2016.

El Juez Leonardo Wandelli tuvo la amabilidad de insistir para que las ideas desarrolladas en la conferencia dictada en marzo de 2014 sean presentadas en un documento cuyo objetivo principal no es desarrollar una doctrina sino presentar informaciones sobre los debates a nivel internacional que se pierden probablemente de vista cuando se tienen que resolver las dificultades más duras y concretas que se encuentran a nivel nacional.

En marzo de 2016 se dictó una importante resolución del Consejo de Derechos Humanos que vincula el derecho al trabajo con el despido injustificado.³⁰⁹ Además, al hacerse público (noviembre de 2015) el voto de la Ministro Rosa Weber en favor de la inconstitucionalidad formal del decreto que denunció el Convenio núm. 158, existe la posibilidad de que las disposiciones del Convenio núm. 158 recobren efectividad en Brasil. Por ende, no resulta inoportuno refrescar los conocimientos sobre las normas internacionales del trabajo relativas al despido injustificado, normas que ya forman parte del acervo normativo del Brasil.

DESAVENENCIAS EN LA OIT SOBRE EL CONVENIO NÚM. 158

La Organización Internacional del Trabajo tiene como mandato constitucional la producción de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, las llamadas normas internacionales del trabajo. La característica principal de los textos jurídicos que adopta la Organización (convenios, protocolos, recomendaciones, declaraciones, recopilaciones de buenas prácticas) es que su adopción es el resultado de una labor tripartita en la que intervienen los representantes gubernamentales y los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

La adopción de un convenio y de una recomendación resulta del consenso entre los mandantes tripartitos de la Organización. La ratificación de los convenios implica que sus disposiciones tengan que ser ejecutadas por las administraciones, las autoridades judiciales, las empresas y los sindicatos lo que refleja el consenso tripartito a nivel nacional. Cuando se rompe el consenso a nivel nacional, los gobiernos pueden denunciar un convenio. Igualmente, los interlocutores sociales en el marco de la Organización pueden considerar que las normas no reflejan las nuevas circunstancias del mercado del trabajo ni corresponden con sus intereses. En tal caso, la Constitución de la OIT permite que se revisen los convenios que se consideran anticuados y se adopten nuevas normas para reemplazarlos por disposiciones más modernas.

Mientras que un convenio se encuentra en vigencia, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la OIT, los gobiernos se obligan a presentar memorias sobre

309 A/HRC/31/L.32, de 22 de marzo de 2016.

su aplicación. El Consejo de Administración de la OIT establece un formulario de memoria para cada convenio donde solicita a los gobiernos que presenten las informaciones específicas sobre el efecto dado a cada una de sus disposiciones ³¹⁰.

En virtud del artículo 23, párrafo 2, de la Constitución de la OIT, las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deben recibir copias de las memorias que preparan los gobiernos para contestar a las preguntas del formulario de memoria. De aquí se deduce el derecho de los interlocutores sociales de presentar sus observaciones sobre la manera en que efectivamente se da efecto a las disposiciones de los convenios ratificados.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones examina las memorias presentadas por los gobiernos y formula comentarios sobre su aplicación. Los comentarios de la Comisión de Expertos recogen también las preocupaciones formuladas por los interlocutores sociales. Los textos que adopta la Comisión de Expertos tienen la forma de «observaciones» y de «solicitudes directas». Las observaciones se reproducen en un volumen impreso que se presenta a la Conferencia Internacional del Trabajo. Las solicitudes directas se distribuyen en Internet, y la Oficina las comunica directamente a los gobiernos interesados ³¹¹.

Además, el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar reclamaciones alegando la falta de cumplimiento de un convenio ratificado. En relación con el Convenio núm. 158, algunas reclamaciones reflejan las preocupaciones de las organizaciones sindicales en relación con las reformas legislativas impulsadas por los gobiernos para adecuar la legislación sobre el despido a las contingencias económicas.

El Convenio núm. 158 ha sufrido de las tensiones del mercado del trabajo, tal como lo muestra la situación del Convenio en el **Brasil** donde su vigencia fue de algo menos de dos años (enero 1996 – noviembre 1997). Dicho lapso fue suficiente para que el Consejo de Administración atiende una reclamación formulada por una organización sindical y la Comisión de Expertos recibiera observaciones de 14 organizaciones sindicales brasileras. Más adelante se estudia la dinámica entre las comunicaciones de las organizaciones sindicales, el establecimiento de un comité

310 El formulario de memoria para el Convenio núm. 158 se encuentra en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:51:0::NO:51:P51_CONTENT_REPOSITORY_ID:2533744:NO.

311 En el sitio oficial de la OIT, www.ilo.org, se encuentra una página especialmente dedicada a las normas del trabajo que permite acceder a todos los textos que se mencionan en este documento.

tripartito por parte del Consejo de Administración y los comentarios de la Comisión de Expertos en relación con el Convenio núm. 158 en el **Brasil**.

Importa también saber que poco más de una década después de la adopción del Convenio núm. 158, en junio de 1995 ³¹², en el mismo momento en que el Gobierno del **Brasil** se preparaba para depositar el instrumento de ratificación, el sector empleador manifestó en la Conferencia Internacional del Trabajo y, luego en distintas instancias del Consejo de Administración, sus reservas sobre el contenido y la aplicación del Convenio. Dado que continuaron las confrontaciones entre interlocutores sociales, en abril de 2011, se realizó una reunión tripartita para examinar los instrumentos sobre despido, y el informe final de dicha reunión reflejó una posición del sector empleador distinta de la posición alcanzada conjuntamente por los representantes gubernamentales y los representantes trabajadores ³¹³.

En noviembre de 2011, luego de un nuevo complejo debate, el Consejo de Administración tomó nota de este disenso ³¹⁴. Sin embargo, de la reunión tripartita de abril de 2011, se desprenden algunas enseñanzas. Los miembros empleadores consideran que el artículo 4 del Convenio núm. 158 da lugar a normas rígidas, excesivos conflictos laborales y una gran incertidumbre en cuanto al costo y la

312 Véase a partir de la página 905 en las *Actas* de la Conferencia Internacional del Trabajo, 82.^a reunión (junio de 1995), Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, primera parte, párrafos 77 a 152. En dichas actas de la discusión tripartita se recogieron las preocupaciones y críticas del sector empleador sobre la «interpretación extensiva» del Convenio por parte de la Comisión de Expertos (párrafo 81). Los miembros empleadores expresaron también su oposición a que se admita que en los conflictos laborales las disposiciones jurídicas sean interpretadas en favor de los trabajadores (párrafo 84). Para los miembros empleadores, «una protección contra el despido que fuese más allá de la simple prohibición de efectuar despidos arbitrarios complicaría la capacidad de adaptación de las empresas a los cambios en materia de funcionamiento o de índole económica general» (párrafo 80).

313 OIT: documento TMEE/C.158-R.166/2011, *Instrumentos sobre despido*, Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), Ginebra, 18-21 de abril de 2011, y documento TMEE/C.158R.166/2011/2, *Informe final*, Reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio núm. 158 y de la Recomendación correspondiente (núm. 166) (Ginebra, 18-21 de abril de 2011).

314 Véase en los párrafos 64-80 del documento GB.312/LILS/PR, la discusión que tuvo lugar en la Sección de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo del Consejo de Administración (312.^a reunión, noviembre de 2011).

duración de los litigios, así como a la interferencia de la justicia del trabajo en las decisiones de la dirección de la empresa ³¹⁵. Algunos representantes empleadores evocaron la posibilidad de abrogar el Convenio núm. 158, mientras que, para el sector trabajador, la Organización debería poner más énfasis en la importancia del Convenio e impulsar nuevas ratificaciones.

CONTENIDO DEL CONVENIO NÚM. 158 Y DE LA RECOMENDACIÓN NÚM. 166

En pocas palabras, para resumir el contenido del Convenio núm. 158 se puede decir que se **le reconoce el derecho al empleador a despedir a un trabajador por causa justificada y se le garantiza el derecho al trabajador a no ser privado de su trabajo sin justificación** ³¹⁶. Las normas internacionales del trabajo reconocen el despido justificado y no consagran un derecho a la estabilidad en el empleo.

El Convenio núm. 158 se encuentra dividido en tres partes, estructura que también se refleja en la Recomendación núm. 166. La Parte I presenta los métodos de aplicación, el alcance y las definiciones. La Parte II establece una serie de normas de aplicación general, como la justificación de la terminación, los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta, el recurso contra la terminación, el plazo de preaviso, y la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. La Parte III comprende las disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, e incluye las disposiciones relativas a la consulta de los representantes de los trabajadores y a la notificación a la autoridad competente.

Métodos de aplicación, campo de aplicación y definiciones (artículos 1 y 2 del Convenio). Los Estados ratificantes pueden dar efecto a las disposiciones del Convenio de diferentes maneras: por medio de las leyes o reglamentos, «por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional» (artículo 1). Esta posibilidad de escoger entre diferentes métodos de aplicación muestra una considerable flexibilidad en

315 Párrafo 118, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

316 *Ibíd.*, párrafo 127, 1, 1).

cuanto a la manera de dar efecto al Convenio, tal como lo observó el Ministro Celso de Mello en su examen de la acción de inconstitucionalidad (ADI 1480) presentada en contra del decreto legislativo núm. 68/92 que aprobó la ratificación del Convenio por parte del **Brasil** ³¹⁷.

Justificación de la terminación (artículos 4 a 6 del Convenio). Se establece como principio básico que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una **causa justificada** relacionada con: *a)* su capacidad, o *b)* su conducta, o *c)* basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Determinados motivos no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, por ejemplo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión tampoco deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, aunque la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo será determinada de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

El párrafo 5 de la Recomendación menciona otros motivos adicionales que no deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación y la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio.

Procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta (artículo 7 del Convenio). Al trabajador deberá ofrecérsele la oportunidad de defenderse de los cargos formulados contra él cuando la relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento.

La Recomendación precisa que la relación de trabajo no debería darse por terminada por una falta del trabajador a menos que el empleador lo haya prevenido por escrito de manera apropiada (párrafo 7); que no debería darse por terminada por desempeño insatisfactorio a menos que el empleador le haya dado las instruc-

317 Véase más adelante la nota 14.

ciones apropiadas (párrafo 8); que el trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo (párrafo 9); que debería considerarse que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no ha adoptado esta medida dentro de un período razonable (párrafo 10); que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo (párrafo 11); y que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo (párrafo 13).

Recurso contra la terminación (artículos 8 a 10 del Convenio). Los trabajadores tienen derecho a recurrir contra la decisión del empleador (artículo 8) y no están obligados a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada (artículo 9). El Convenio prescribe a tal efecto el establecimiento de un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro (artículo 8), con la facultad de ordenar una reparación, incluida la readmisión o el pago de una indemnización (artículo 10).

La Recomendación señala que podría preverse un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra una terminación de la relación de trabajo o durante el mismo (párrafo 14) y que los trabajadores deberían estar plenamente informados acerca de las posibilidades de recurso de que disponen (párrafo 15).

Plazo de preaviso (artículo 11 del Convenio). El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

La Recomendación preconiza que durante el plazo de preaviso el trabajador debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, con el fin de buscar otro empleo (párrafo 16) y que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a recibir un certificado del empleador (párrafo 17).

Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos (artículo 12 del Convenio). Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras

prestaciones análogas, y a prestaciones del seguro de desempleo o a otras formas de seguridad social.

Consulta de los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad competente (artículos 13 y 14). Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente. Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente.

La Recomendación aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo las terminaciones, fijar criterios de selección a efectos de la terminación, establecer cierta prioridad de readmisión y adoptar medidas encaminadas a la atenuación de los efectos de la terminación (párrafos 20 a 26).

LA FLEXIBILIDAD DEL CONVENIO NÚM. 158

En el texto constitucional de la OIT se encuentra grabada la necesidad de adoptar normas que se adapten a las condiciones de los trabajadores y de las empresas. El artículo 19, párrafo 3, de la Constitución requiere que se tengan en cuenta las «circunstancias particulares» que hacen esencialmente diferentes las condiciones de trabajo y las condiciones particulares de los países. De esta actitud lúcida frente a las distintas circunstancias que deben resolver las normas se desprende que los interlocutores sociales hayan redactado disposiciones para dar flexibilidad al alcance, a los métodos de aplicación o a las obligaciones de fondo de las normas ³¹⁸.

El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 incluyen cláusulas de flexibilidad de la más distinta índole. Sin embargo, la flexibilidad del Convenio núm. 158 pareció insuficiente al promoverse la «flexiguridad», concepto que surge en la década de los años noventa en algunos países europeos con el objetivo de justificar la introducción de modificaciones en la legislación del trabajo y reducir determinadas garantías anteriormente acordadas a los trabajadores a cambio de mayor estabilidad en el empleo. El uso de las cláusulas de flexibilidad del Conve-

318 Párrafos 8 y 9 del *Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo*, edición revisada, 2012.

nio resulta clave cuando el mercado del trabajo debe soportar las consecuencias de las crisis monetarias y financieras — y se produce una enorme tensión para aplicar las reglas establecidas en la legislación del trabajo y la apreciación económica de los «costos» que implican los despidos individuales y colectivos. La flexiguridad busca también apreciar las consecuencias económicas de las distintas modalidades contractuales que se les ofrecen a las empresas.

Dadas estas tensiones, el Convenio núm. 158 contempla dos principales **criterios de flexibilidad**: las exclusiones que pueden hacerse en todo momento y aquellas que solamente pueden hacerse con la presentación de la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución. Cumpliendo con determinadas condiciones, los gobiernos pueden excluir ciertas categorías de contratos de trabajo que se especifican en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio. Se trata de las siguientes categorías contractuales: los contratos de duración determinada o para realizar determinada tarea, los contratos para un período de prueba o para trabajos con carácter ocasional. Los gobiernos pueden realizar dichas exclusiones en todo momento, siempre que se prevean garantías adecuadas contra el recurso a «contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio» (artículo 2, párrafo 3).

En el párrafo 3 de la Recomendación núm. 166 se sugieren medidas alternativas para evitar que se recurra de manera abusiva a los contratos de duración determinada.

Previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, la autoridad competente también podrá tomar medidas para excluir determinadas categorías de trabajadores (párrafos 4 y 5 del artículo 2). La primera categoría se refiere a los trabajadores «cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio». La segunda comprende «otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea». Las categorías de trabajadores que se hayan excluido deberán enumerarse en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que se someta en virtud del artículo 22 de la Constitución (párrafo 6 del artículo 2). Además, en las memorias subsiguientes, se deberá informar sobre la

evolución de la legislación y la práctica nacionales, en la medida en que los gobiernos se proponen aplicar el Convenio a las categorías excluidas.

Otros elementos de flexibilidad para aplicar el Convenio ³¹⁹:

- la **determinación de las causas justificadas de despido (artículo 4);**
- **los procedimientos antes o al momento de la terminación de la relación de trabajo (artículo 7);**
- **los procedimientos para apelar contra los despidos (artículos 8 y 9);**
- **la posibilidad de que, en caso de despido injustificado, dadas las circunstancias, readmitir al trabajador o pagar una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (artículo 10);**
- **la determinación de un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, de una indemnización (artículo 11);**
- **optar sobre el alcance y la naturaleza de la indemnización por fin de servicios u otra forma de protección de los ingresos (artículo 12); y**
- **la naturaleza y la forma de la consulta de los representantes de los trabajadores y la notificación a las autoridades competentes, en caso de despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos (artículos 13 et 14).**

El despido en las normas más recientes

En febrero de 2006, la Conferencia adoptó **el Convenio sobre el trabajo marítimo** (que se identifica con sus siglas inglesas: **MLC, 2006**) cuya norma A2.1, relativa a los «acuerdos de empleo de la gente de mar» expresa en su párrafo 4 que «en todos los casos» los contratos de trabajo de la gente de mar deben incluir indicaciones sobre «las condiciones para la terminación del acuerdo de empleo, con inclusión de los siguientes datos: i) si el acuerdo se ha concertado para un período de duración indeterminada, las condiciones que deberán permitir que cualquiera de las dos partes lo terminen, así como el plazo de preaviso, que no deberá ser más corto para el armador que para la gente de mar; ii) si el acuerdo se ha concertado para un período de duración determinada, la fecha de expiración, y iii) si el acuerdo se ha concertado para una travesía, el puerto de destino y el plazo que deberá

319 Párrafo 127, 4, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, texto adoptado por los expertos gubernamentales y los expertos trabajadores.

transcurrir después de la llegada a destino para poder poner fin a la contratación del marino».

Además, en la norma A2.1 del MLC, 2006 se agregaron dos disposiciones sobre el plazo mínimo para comunicar el preaviso de un despido, cuyo texto dice:

5. Todo Miembro deberá adoptar una legislación o una reglamentación que establezca los plazos mínimos de preaviso que han de dar la gente de mar y los armadores para poner fin anticipadamente a un acuerdo de empleo de la gente de mar. La duración de estos plazos mínimos se determinará previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas, pero no será inferior a siete días.

6. El plazo de preaviso podrá ser más corto en circunstancias reconocidas en la legislación nacional o en convenios colectivos aplicables en los que se justifique la terminación del acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso. Al determinar estas circunstancias, los Miembros deberán velar por que se tenga en cuenta la necesidad de la gente de mar de poner fin al acuerdo de empleo en un plazo más corto o sin preaviso por razones humanitarias o por otras razones urgentes, sin exponerse a sanciones.

En el anexo II del **Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188)** se recogen aquellos elementos que deben incluirse en un contrato de trabajo de los pescadores: i) si el acuerdo se ha celebrado por un período determinado, la fecha fijada para su expiración; ii) si el acuerdo se ha celebrado por un viaje, el puerto de destino y el tiempo que ha de transcurrir después de la llegada para que el interesado sea dado de baja, y iii) si el acuerdo se ha celebrado por un período indeterminado, las condiciones que permitirán a cada una de las partes rescindirlo, así como el plazo de aviso requerido, que no podrá ser más corto para el empleador, el propietario del buque pesquero u otra parte en el acuerdo que para el pescador.

Las disposiciones sobre despido que se incluyeron en el **MLC, 2006** y en el **Convenio núm. 188** no han desarrollado necesariamente nuevos derechos para la gente de mar y para los pescadores sino que consolidan los principios que ya se encontraban en los convenios anteriores tales como el Convenio sobre el contra-

to de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22)³²⁰ y el Convenio sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores, 1959 (núm. 114). Se observa también que, en cuanto al preaviso del despido, las normas sectoriales aceptan un período particularmente breve (de hasta siete días) e incorporan una garantía que favorece al empleador para hacer frente a la ruptura motivada del contrato por parte del trabajador.

En sentido más innovador, la **Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)** sienta las bases para luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. La **Recomendación núm. 198** entiende que existen relaciones de trabajo encubiertas cuando «un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales den lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho» (párrafo 4, *b*), de la Recomendación núm. 198). Además, la Recomendación núm. 198 promueve que se definan con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo y aquellos «indicios específicos» que permitan determinar su existencia (párrafos 12 y 13 de la Recomendación núm. 198).

El párrafo 11 de la **Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200)** estableció un nuevo motivo injustificado de despido e hizo una referencia directa al Convenio núm. 158 al decir lo siguiente:

11. El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo. Las ausencias temporales del trabajo motivadas por la necesidad de prestar cuidados a terceros o por enfermedad relacionadas con el VIH o el sida deberían tratarse de la misma manera que las ausencias por otras razones de salud, habida cuenta del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.

Por último, en el artículo 7, i), del **Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)** se expresa que en los «contratos escritos» de trabajo del trabajador doméstico se debe incluir «el período de prueba, cuando proceda» (apartado *i*) y «las condiciones relativas a la terminación de la relación

320 El Convenio núm. 22 se encuentra en vigencia para el Brasil. Si se registra la ratificación por parte del Brasil del MLC, 2006 se producirá la denuncia automática del Convenio núm. 22.

de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador» (apartado k)).

En el párrafo 7 de la **Recomendación núm. 201** que acompaña al **Convenio núm. 189** se introdujo una disposición específica que va más allá de los requerimientos anteriores en las normas sobre el despido al decirse que:

7. En caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar en que trabajan se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento.

De esta enumeración, se advierte que la Organización siguió desarrollando la reglamentación del despido en determinados sectores (gente de mar, pesca, trabajo doméstico), pese a los enfrentamientos entre el sector empleador y trabajador sobre el contenido del Convenio núm. 158. Si la legislación, la jurisprudencia o la negociación colectiva introducen en la práctica nacional indicadores que permitan comprobar la existencia de un vínculo laboral también se refuerzan las condiciones para considerar terminada una relación de trabajo, tal como alienta la Recomendación núm. 198.

LA INFLUENCIA DEL CONVENIO NÚM. 158

Desde su adopción en 1982, el Convenio núm. 158 obtuvo 36 ratificaciones — lo que parece un número bajo si se tiene presente que la OIT cuenta con 187 Estados Miembros. Luego de la denuncia por parte del **Brasil**, el Convenio se encuentra en vigencia para 35 países. En el documento de referencia para la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la Oficina trató de demostrar que con 36 ratificaciones, el Convenio núm. 158 se encontraba en una situación similar (o algo superior) a muchos otros convenios que fueron adoptados por la Organización en la década de los años ochenta ³²¹.

321 Párrafos 268 a 272, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011, mencionado en la nota 5.

De todos modos, las relativamente pocas ratificaciones del Convenio núm. 158 no ocultan la gran influencia que han tenido sus disposiciones en la legislación laboral de muchos países que no lo ratificaron tal como surge de este breve examen de la legislación del trabajo de la **República Popular de China, India, Federación de Rusia y Sudáfrica** que se realiza en la sección siguiente. También se conocen importantes decisiones judiciales que se remiten al Convenio núm. 158 en países que no lo ratificaron ³²².

322 La Corte Suprema de Justicia de la Nación (**Argentina**) en el fallo Álvarez *c/Cencosud*, dictado el 7 de diciembre de 2010, en un voto firmado por Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, interpretó el alcance de la ley núm. 23592, de agosto de 1988, por la que se adoptaron medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, en relación con un despido discriminatorio en el sector privado. El voto mayoritario analizó la Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *El derecho al trabajo*, documento E/C.12/GC/18, de 2005. En el párrafo 11 de la Observación general núm. 18, el CESCR expresó que el derecho al trabajo, en el sentido del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos en caso de despido improcedente. El CESCR se remitió al Convenio núm. 158. De la misma manera, en la decisión de la mayoría de la Corte Suprema se lee: «Corresponde agregar, aun cuando la República no ha ratificado el Convenio [núm. 158] ... que el mentado Comité [CESCR] no ha dejado de considerar que los alcances del derecho al trabajo del CESCR son determinables a la luz del instrumento citado ... Y es de subrayarlo, dicho Convenio, además de excluir los motivos discriminatorios como causa justificada para la terminación de la relación de trabajo (artículo 5, *d*)), prevé, dentro de la sección aludida anteriormente por el Comité [CESCR], que los tribunales llamados a resolver sobre el carácter justificado o no justificado de dicha terminación puedan, en este último supuesto, ‘anular la terminación’ y ordenar la ‘readmisión’ del trabajador (artículo 10 [del Convenio núm. 158])». La mayoría de la Corte Suprema se mostró favorable a exigir de una empresa la readmisión del trabajador en caso de despido discriminatorio.

La disidencia parcial (firmada por Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente; Elena I. Highton de Nolasco, Vicepresidente; y Carmen M. Argibay) se mantuvo fiel al supuesto general del despido sin justa causa que caracteriza el derecho laboral argentino. En su voto, la minoría evitó mencionar al Convenio núm. 158 pero se refirió también a la Observación general núm. 18 del CESCR, y, en particular, al párrafo 48 donde se reconoce el derecho de las víctimas de violaciones del derecho del trabajo a tener una «reparación adecuada que **[puede] adoptar** la forma de restitución...» (énfasis añadido en el texto de la disidencia parcial). Un trabajador víctima de un despido discriminatorio tendría entonces derecho a una «compensación adicional»: además de daños y perjuicios (artículo 1 de la ley núm. 23592), el trabajador tendría que percibir una suma adicional más un año de remuneraciones (artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Nueva exploración del Brasil – de la ratificación a la denuncia del Convenio núm. 158 en veinte meses

El 31 de agosto de 1994, el Presidente Itamar Franco y el Ministro de Relaciones Exteriores, Celso Amorim, firmaron el instrumento de ratificación por parte del **Brasil** del Convenio núm. 158. En dicho instrumento se declara que *Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, por meio do decreto legislativo núm. 68, de 11 de setembro de 1992* (el texto del Convenio núm. 158) ³²³.

El 30 de diciembre de 1994, la Misión Permanente del **Brasil** en Ginebra comunicó a la Oficina el instrumento de ratificación del Convenio núm. 158. Debido al feriado local, la Oficina consideró que el instrumento de ratificación había sido depositado el 5 de enero de 1995, fecha en la que se registró la ratificación del Convenio núm. 158 para el **Brasil**. Durante el mismo año, la Oficina también registró la ratificación del Convenio núm. 158 para **Turquía** (enero de 1995) y para **Portugal** (noviembre de 1995).

El 5 de enero de 1996, el Convenio núm. 158 entró en vigencia para el **Brasil**. A los pocos días, el 12 de enero de 1996, la Oficina recibió observaciones del Sindicato de Trabajadores de la Industria Petroquímica de Duque de Caxias (SINDIQUIMICA). Durante el resto de 1996, se recibieron comunicaciones de otros siete sindicatos que se mencionan en la observación formulada por la Comisión de Expertos en 1996 ³²⁴: la Asociación de los Funcionarios de EMATER-Rio, la Federación Nacional de Estibadores (FNE), la Federación Nacional de los Trabajadores de las Empresas de Correo y Telégrafo y Similares (FENTEC), el Sindicato de los Trabajadores de Agua y Alcantarilla de Bahía (SINDAE), el Sindicato de los Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas, Mecánicas y de Material Eléctrico y Electrónico en el Estado de Espirito Santo (SINDIMETAL-ES) y el Sindicato Na-

323 En julio de 1996, el decreto legislativo núm. 68/92 fue objeto de una acción de inconstitucionalidad (ADI 1480) intentada por la Confederação Nacional do Transporte (CNT) y la Confederação Nacional da Indústria (CNI) invocando, entre otros asuntos, que la readmisión prevista en el artículo 10 del Convenio era contraria al artículo 7, I, de la Constitución Federal. El Ministro Celso de Mello tuvo en cuenta que el artículo 10 del Convenio núm. 158 ... «expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória».

324 CEACR, Brasil – Convenio núm. 158, observación de 1996.

cional de los Agentes de la Inspección del Trabajo (SINAIT). En 1997, se reciben observaciones de otras seis organizaciones: la Unión Sindical de Patos de Minas (USPM), la Asociación de Ingenieros Ferroviarios (AIF), el Sindicato de Estibadores de São Sebastião (SESS), el Sindicato de Mantenimiento de São Sebastião (SASS), la Federación Nacional de Secretarias y Secretarios (FNSS), y el Sindicato de Empleados de Agentes Autónomos del Comercio y de Empresas de la Municipalidad de Río de Janeiro (SEAAC-MRJ). Apenas ratificado, un convenio que reclama la atención de 14 organizaciones sindicales protestando por su falta de aplicación refleja un malestar social mayor y una escasa preparación de las instituciones locales a la recepción de la norma internacional.

A lo anterior se suma que, a los seis meses del registro de la ratificación (y antes de que el Convenio entre en vigencia para el **Brasil**), el 4 de junio de 1996, la Oficina recibió una reclamación, en virtud del artículo 24 de la Constitución, presentada por el Sindicato de los Trabajadores de la Construcción y del Mobiliario de Santos. En noviembre de 1996, el Consejo de Administración consideró que se encontraban reunidas las condiciones para pronunciarse sobre la admisibilidad de la reclamación y constituyó un comité tripartito ³²⁵. El sindicato alegó que en el sector de la construcción se habían suprimido empleos sin consultar a los trabajadores ni a sus organizaciones. El sindicato acusó al Gobierno de Fernando Henrique Cardoso de no haber reaccionado ante la drástica reducción del empleo en el sector de la construcción que en cinco años habría pasado de 75 000 a 25 000 trabajadores. El Gobierno del **Brasil** respondió diciendo que el Convenio no garantiza el empleo ni el derecho a la readmisión en el empleo, sino que establece la obligación de consultas previas en caso de despidos colectivos salvaguardando el derecho del empleador a proceder a terminaciones justificadas. El Gobierno del **Brasil** presentó al comité tripartito informaciones sobre los diferentes programas de lucha contra el desempleo, así como de medidas en el ámbito de la higiene y de la seguridad en el trabajo, de la inspección del trabajo, de la formación profesional y de las relaciones laborales. Según el Gobierno, el empleo en el sector de la construcción civil había aumentado, pasando de 890 334 empleos en 1993 a 1 264 623 empleos en 1996. Los argumentos de fondo no fueron examinados por el comité

325 El comité tripartito estuvo compuesto por Antonio Ducreux (miembro gubernamental, Panamá), Lucia Sasso-Mazzufferi (miembro empleadora, Italia) y William Brett (miembro trabajador, Reino Unido). El 21 de marzo de 1997, el Consejo de Administración aprobó el informe del comité tripartito, documento GB.268/14/4.

tripartito dado que, en el intervalo, el Gobierno del **Brasil** pidió el registro de la denuncia del Convenio núm. 158.

El 20 de noviembre de 1996 el Gobierno del **Brasil** solicitó a la Oficina el registro de la denuncia del Convenio núm. 158. El decreto federal núm. 2100, de 20 de diciembre de 1996, formalizó, a nivel nacional, la denuncia del Convenio núm. 158. El Gobierno de Fernando Henrique Cardoso indicó que había tomado la decisión de denunciar el Convenio después de haber celebrado las consultas tripartitas pertinentes al respecto. El Gobierno también recordó la importancia que se le concede en el artículo 7, I, de la Constitución Federal a la protección contra los despidos abusivos y los despidos injustificados. Según el Gobierno, circunstancias complejas de orden jurídico y económico, no percibidas en el momento de la ratificación, hicieron difícil la integración del Convenio núm. 158 al ordenamiento jurídico brasileño. El Gobierno estimó que, de hecho, el Convenio podría, por una parte, invocarse para la justificación de despidos excesivos e inconsultos, basándose en la vaga noción general de las «necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», tal como prevé el artículo 4; y, por otra parte, dar cabida a una amplia prohibición de poner término a la relación laboral, que sería incompatible con un programa de reforma y de modernización económica. Además, el Gobierno del **Brasil** consideró que el Convenio constituía un paso atrás en el sentido de la reducción de la intervención del Estado y de la ampliación de la función de la negociación colectiva. Según el Gobierno, esta incertidumbre sobre el alcance de las disposiciones del Convenio produciría inseguridad jurídica y litigios sin ventajas prácticas para el mejoramiento y la modernización de las relaciones laborales. El Gobierno dijo que tenía la intención de seguir aplicando y mejorando la legislación nacional en lo referente a la protección del empleo.

También se observa que en **Brasil**, en el período durante el cual se ratificó el Convenio núm. 158, se duplicó el número total de huelgas (en 1994-1995, se contabilizaron 1035 y 1056 huelgas, según los datos del Departamento intersindical de estadística y estudios económicos, DIEESE), mientras que en los años 1992-1993 el número de huelgas había sido relativamente estable (556 y 644 huelgas). En 1996, las huelgas alcanzaron el máximo histórico de la década de los Noventa (1226 huelgas).

El 17 de junio de 1997, la Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) y la Central Única dos Trabalhadores (CUT) presentaron una acción directa de inconstitucionalidad (ADI 1625) contra el decreto federal núm. 2100 por el cual se dio efecto a nivel nacional a la denuncia del Convenio núm.

158. En ese contexto, se debe recordar el voto del Magistrado Joaquim Barbosa quien expresó que: «A Convenção 158 da OIT è, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais. [...] é certo que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro»³²⁶. El 11 de noviembre de 2015, el STF informó que la Magistrada Rosa Weber se pronunció por la inconstitucionalidad formal del decreto que denunció el Convenio núm. 158. Según el anuncio del STF, «A ministra destacou que o que se discute não é a validade da denúncia em si, mas do decreto, que implica a revogação de um tratado incorporado ao ordenamento jurídico como lei ordinária. Seu voto partiu da premissa de que, nos termos da Constituição, leis ordinárias não podem ser revogadas pelo presidente da República, e o decreto que formaliza a adesão do Brasil a um tratado internacional, aprovado e ratificado pelo Congresso, equivale a lei ordinária. “A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do presidente da República, a meu juízo, é incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da independência e da harmonia entre os Poderes (artigo 2º da Constituição da República), bem como com a exigência do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV)”, afirmou. “Por isso, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito”.

Existe entonces la eventualidad de que si el acto nacional que decretó la denuncia del Convenio núm. 158 es declarado formalmente inconstitucional, se abra una posibilidad para que las disposiciones del convenio sean nuevamente efectivas en el Brasil³²⁷.

En febrero de 2008, mediante el mensaje MSC 59/2008, el Presidente Lula da Silva transmitió al Congreso Nacional la responsabilidad de lograr la adhesión política al Convenio, sin que las comisiones parlamentarias hayan logrado las mayorías necesarias para alcanzar nuevamente su ratificación.

326 Voto-vista del Ministro Joaquim Barbosa, de fecha 3 de junio de 2009, en la ADI 1625.

327 Véase VIEIRA WANDELLI, Leonardo, *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e exigibilidade*, 2012, pág. 321.

Justificación del despido en los RICS

De la información disponible para 75 países incluidos en la base de datos EPLex³²⁸, 59 países requieren alguna causa justificada para el despido — como se observa en los cuatro países que se trata brevemente a continuación, ninguno de los cuales ha ratificado el Convenio núm. 158.

El artículo 40 de la Ley sobre el Contrato de Trabajo³²⁹, en vigencia en la **República Popular de China** desde el 1.º de enero de 2008, introduce las condiciones para comunicar el despido, lo que le resulta posible a un empleador si lo hace con 30 días de antelación (o bien pagando un mes de salario al trabajador despedido). Además, según la legislación china, la incapacidad o la incompetencia del trabajador de realizar las tareas encomendadas, así como los cambios objetivos en las condiciones contractuales pueden justificar un despido. Antes de decidir que un trabajador es incompetente, el empleador le debe haber dado una formación o propuesto otro lugar de trabajo.

India es un país tradicionalmente avaro en legislación pero rico en casuística que se ocupa principalmente del sector formal de la economía. Siempre teniendo presente que se trata de reglas cuya aplicación efectiva se refleja en el sector organizado de la economía, los tribunales de la India considerarán que un despido es injustificado si el trabajador no ha tenido una oportunidad de defenderse, si acaso el trabajador ha sido despedido durante una enfermedad, durante la licencia de maternidad, como consecuencia de haber presentado una queja, por haber tomado parte en actividades sindicales pacíficas o como consecuencia de una discriminación³³⁰.

328 EPLex es la base de datos de la OIT sobre la legislación de protección del empleo. También conviene consultar la información disponible en el sitio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) donde se produce información mediante indicadores sintéticos que permite obtener una descripción de la protección del empleo por países, que se puede consultar en línea en la siguiente dirección: <http://www.oecd.org/fr/els/emp/lesindicateursdelocdesurlaprotectiondelemploi.htm#data>.

329 El texto completo de la ley se encuentra disponible, en inglés, en la base de datos de textos legislativos del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, NATLEX.

330 Datos tomados en la base de datos EPL de la OCDE. Como ejemplo de las decisiones de la Corte Suprema de la India, se menciona Harjinder Singh vs Punjab State Warehousing Corp, de fecha 5 de enero de 2010.

En el artículo 81 de la ley federal núm. 197-FZ, de 2001³³¹, la **Federación de Rusia** establece una larga lista de situaciones en las que se acepta que un empleador dé por terminado un contrato de trabajo. Esta enumeración — si bien no recoge expresamente las expresiones que se utilizan en el artículo 4 del Convenio — establece los parámetros de justificación y razonabilidad que finalmente deberían llegar a un resultado similar que el deseado por la norma internacional. En todo caso, la posibilidad de rescindir un contrato de trabajo existe en la legislación rusa siempre que se respeten los parámetros de la causa justificada.

En **Sudáfrica**, el artículo 188 de la Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, en su tenor reformado³³², recoge textualmente el artículo 4 del Convenio núm. 158. Importa resaltar que de esta manera, en Sudáfrica, los interlocutores sociales optaron por cerrar una época donde imperaba la discriminación y la prepotencia sociales y se remitieron al Convenio núm. 158 para abrir una era de crecimiento y prosperidad para el país.

EL CONTROL TRIPARTITO DE LAS REFORMAS DEL DESPIDO EN TIEMPOS DE CRISIS

Se ha visto que el artículo 24 de la Constitución de la OIT permite a las organizaciones de empleadores y de trabajadores presentar una reclamación ante el Consejo de Administración para denunciar la falta de aplicación de un convenio ratificado. En lo que respecta al Convenio núm. 158, además de la reclamación en relación con el **Brasil** (1996), también se han aceptado reclamaciones por incumplimiento del Convenio en relación con **España** (2012), **Etiopía** (2001), **Francia** (2007), **Turquía** (2000) y la **República Bolivariana de Venezuela** (1997). Algunas de estas reclamaciones han vinculado las reformas legislativas que conllevan las medidas de política del empleo y de ajuste estructural con el incumplimiento del Convenio núm. 158.

Ciertas orientaciones de política económica y en particular aquellas que incluyen a la «flexiguridad», consideran que la modificación de la reglamentación

331 El texto completo de la ley se encuentra disponible, en inglés, en la base de datos NATLEX.

332 La Ley núm. 66, de 1995, de Relaciones Laborales, ha sido varias veces modificada. Se puede encontrar su texto actualizado en el sitio del Departamento del Trabajo, <http://www.labour.gov.za/DOL/legislation>.

sobre el despido favorece el mantenimiento y la creación de empleos en particular en circunstancias de crisis económicas. El ajuste estructural implica una modificación urgente (en ciertos casos, sin concertación social) de las reglas sobre la contratación y el despido para permitir a las empresas compensar las dificultades económicas que provoca la crisis evitando la destrucción excesiva de los puestos de trabajo. Las consideraciones legales deben entonces ceder el paso a los imperativos económicos. Hacer más barato los costos del despido para las empresas y facilitar los procedimientos para despedir a los trabajadores tendría una relación directa para que crezca la economía y haya más empleo. En España y Francia, las reformas de la legislación del trabajo que luego se examinan han ocurrido sin concertación social — y fuera del contexto de programas de ajuste estructural negociados con el Fondo Monetario Internacional.

Francia y el contrato «para nuevas contrataciones» (CNE)

En los últimos días de mayo de 2005, **Francia** y **Países Bajos** rechazaron mediante referéndum la ratificación de un nuevo tratado destinado a profundizar la integración económica europea, dando lugar a una «crisis constitucional» en la Unión Europea. Consecuentemente, en **Francia**, el voto negativo al proyecto constitucional europeo, decidirá al Presidente Jacques Chirac a sustituir a su gobierno y nombrar Primer Ministro a Dominique de Villepin. Uno de los primeros actos del nuevo gobierno para hacer frente a la deteriorada situación del empleo ³³³, será establecer mediante ordenanza un nuevo contrato de trabajo — el contrato para nuevas contrataciones (en adelante, «CNE» por su sigla en francés), el cual podía ser terminado sin causa durante un período de dos años. Otra modalidad contractual (con un período de prueba de dos años), el contrato de «primera contratación», el CPE, destinado a los jóvenes menores de 26 años establecido mediante una ley de abril de 2006, dará lugar a muy fuertes protestas estudiantiles y sindicales. El CPE será finalmente derogado antes de que haya un pronunciamiento de la OIT sobre su eventual compatibilidad con el Convenio núm. 158.

333 La tasa de desempleo en Francia en el período 2006-2007 se situaba en un poco más del 8 por ciento, afectando a un 20 por ciento de jóvenes de entre 15 y 24 años.

En noviembre de 2005, el Consejo de Administración constituyó un comité tripartito³³⁴ para examinar la reclamación presentada por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera, en la que se alegaba el incumplimiento por **Francia** del Convenio núm. 158 y de otros convenios³³⁵. En cuanto al Convenio núm. 158, el comité tripartito examinó si la ordenanza núm. 2005-893, relativa al contrato de trabajo «para nuevas contrataciones» adoptada el 2 de agosto de 2005, era conforme con el Convenio núm. 158. El CNE fue un contrato de trabajo de duración indeterminada para las nuevas contrataciones en las empresas con un máximo de 20 trabajadores que permitía eludir la aplicación de algunas protecciones previstas en el Código del Trabajo en caso de despido, individual o colectivo, en el período de dos años transcurrido desde su celebración.

El comité tripartito examinó en su informe dos cuestiones principales relativas al Convenio núm. 158: i) si los trabajadores contratados en virtud de un CNE podían quedar válidamente excluidos del ámbito de protección del Convenio, sobre la base del párrafo 2, *b*), del artículo 2; y ii) si la aplicación de la ordenanza núm. 2005-893 privaba a los trabajadores de la protección prevista en el artículo 4 del Convenio y, de ser así, en qué medida.

Tiempo de servicios exigidos de dos años. El comité tripartito recordó que las exclusiones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio núm. 158 pueden aplicarse en todo momento y sin procedimiento particular. El comité tripartito no cuestionó «**la idoneidad de los objetivos**» de política del empleo que tuvo el Gobierno francés al momento de establecer el CNE. Sin embargo, el comité tripartito expresó sus dudas sobre si el párrafo 2 del artículo 2 del Convenio constituía un fundamento suficiente para justificar cualquier exclusión de la protección que pudiera considerarse necesaria para alcanzar los objetivos de política del empleo

334 La composición final del comité tripartito fue la siguiente: Francesca Pelaia (miembro gubernamental, Italia), Michel Barde (miembro empleador, Suiza) y Ulf Edström (miembro trabajador, Suecia).

335 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, informe del Comité encargado de examinar la reclamación por la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación General del Trabajo – Fuerza Obrera.

enunciados por el Gobierno francés. El comité tripartito completó su razonamiento expresando lo siguiente ³³⁶:

Las consideraciones programáticas subyacentes a la institución del CNE, con inclusión en particular del fomento de un empleo pleno y productivo, bien podrían haber justificado, por su índole, la adopción de medidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del artículo 2, a que aludió el Gobierno. Sin embargo, el Comité estima que esas consideraciones guardan escasa relación con las situaciones contempladas en el párrafo 2 del artículo 2, y que el objetivo de calificar el período de consolidación del empleo de período en que se acumula «el tiempo de servicios exigido» tiene por principal objeto permitir la exclusión de los trabajadores contratados por CNE del ámbito de aplicación de ciertas disposiciones del Convenio.

El comité tripartito tomó en cuenta que las autoridades judiciales se habían expresado sobre el carácter «razonable» de los períodos de prueba haciendo referencia al párrafo 2, *b*), del artículo 2 del Convenio. En efecto, el Consejo de Estado, en una decisión de fecha 19 de octubre de 2005, se había pronunciado a pedido de la Confederación General del Trabajo sobre la posibilidad de anular la ordenanza núm. 2005-893. El Consejo de Estado, al ejercer su control administrativo, no había aceptado anular la ordenanza sino que consideró que «en vista del objetivo por el que se instauró esa excepción y de que el CNE es de duración indeterminada, el período de dos años durante el cual se descarta la aplicación de las disposiciones de derecho común relativas al procedimiento de despido y a los motivos que pueden justificarlo, puede ser considerado como razonable en el sentido [de lo dispuesto en el Convenio núm. 158]» ³³⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación examinó, en una sentencia de 29 de marzo de 2006, el derecho de preaviso establecido en el artículo 11 del Convenio. En esa ocasión, el Tribunal de Casación expresó que una duración inferior a seis meses es un tiempo de servicios exigido razonable de conformidad con el párrafo 2, *b*), del artículo 2 del Convenio núm. 158. En consecuencia, el comité tripartito siguió la tendencia de la jurisprudencia

336 Párrafo 66 del documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007.

337 *Ibíd.*, párrafo 71.

nacional en relación con la duración del período de prueba, y tuvo en cuenta la opinión del Tribunal de Casación que aceptó como razonables los períodos de un mínimo de dos semanas o un máximo de seis meses según el puesto ocupado por el trabajador.

En esas circunstancias, el comité tripartito consideró que el párrafo 2, *b)*, del artículo 2 del Convenio debía tener por objetivo garantizar que toda exclusión de la protección del Convenio para los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no hayan cumplido el tiempo de servicios exigido tenga una duración «razonable». Teniendo en cuenta que la duración normalmente considerada razonable en **Francia** para el tiempo de servicios exigido no excedía de seis meses, el comité tripartito concluyó diciendo que:

[...] no podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa, aunque no está en condiciones de concluir, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno para determinar esa duración, que un período de hasta dos años sea razonable ³³⁸.

En cuanto al artículo 4 del Convenio, el comité tripartito también examinó la cuestión de si los trabajadores sujetos a un CNE estaban amparados por las protecciones previstas en la definición de la causa justificada del Convenio. El comité tripartito observó que, en caso de despido durante el período cubierto por el CNE: *a)* los trabajadores despedidos por motivos de rendimiento o conducta (salvo en los casos de índole disciplinaria) no hubiesen tenido necesariamente, ni en el momento del despido ni antes de éste, la oportunidad de defenderse frente a las alegaciones formuladas; *b)* el requisito previsto en el artículo 4 del Convenio, examinado conjuntamente con el artículo 7 (en virtud del cual se debe comunicar al trabajador un motivo válido en el momento del despido o antes de éste, al menos en los casos relacionados con su conducta o su rendimiento), sólo se aplicaría cuando el despido fuera de índole disciplinaria; *c)* los trabajadores hubiesen podido verse obligados a incoar acciones judiciales simplemente para obtener información en cuanto al motivo del despido, y *d)* aun cuando debía haber una razón

338 *Ibid.*, párrafo 71.

válida para el despido, en el sentido de que éste no debe constituir un abuso de derecho ni obedecer a motivos relacionados con el estado de salud del trabajador, sus opiniones políticas o religiosas, o sus costumbres, en circunstancias que evidencien un acoso o cualquier motivo de discriminación enunciado en el Código del Trabajo; no resultaba claro que la ordenanza permitiera la adopción efectiva de medidas contra los despidos por otros motivos no válidos. El comité tripartito concluyó que la ordenanza núm. 2005-893 se apartaba considerablemente de lo dispuesto en el artículo 4 del Convenio núm. 158.

El comité tripartito invitó al Gobierno francés a que, en consulta con los interlocutores sociales: i) tomara todas las medidas necesarias para velar por que las exclusiones de la protección prevista en virtud de la legislación nacional que aplicaba el Convenio núm. 158 se encuentren en plena conformidad con las disposiciones del Convenio; y ii) diera cumplimiento al artículo 4 del Convenio núm. 158, velando por que los CNE no puedan darse por terminados de no concurrir una causa justificada.

El Consejo de Administración encomendó a la Comisión de Expertos que hiciera el seguimiento de las conclusiones y recomendaciones del comité tripartito. En octubre de 2008, el Gobierno de **Francia** informó a la Comisión de Expertos³³⁹ que, teniendo en cuenta las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT, se adoptó la ley núm. 2008-596, de 25 de junio de 2008, sobre la modernización del mercado del trabajo que derogó las disposiciones legislativas sobre el CNE e introdujo la ruptura consensual del contrato de trabajo.

Seguimiento de la discusión francesa

En la reunión tripartita que tuvo lugar en abril de 2011, la experta gubernamental de **Francia** insistió en que el objetivo del CNE había sido el de exonerar a las pequeñas empresas de menos de 20 trabajadores de algunas de las obligaciones relativas al despido, basándose para ello en el párrafo 2, *b*), del artículo 2 del Convenio. El Gobierno francés había preferido no recurrir a las exclusiones previstas en el párrafo 5 (que se referían a problemas estructurales) ya que el CNE se había introducido para responder a problemas cíclicos. Las personas empleadas con un CNE no habían quedado totalmente excluidas de la protección que ofrecía el Convenio, como lo demostraba el hecho de que no pudieran ser despedidas por

339 CEACR, Francia – Convenio núm. 158, observación de 2008.

motivos discriminatorios. Se trataba de una medida provisoria, y había que tener en cuenta que el CNE fue un contrato de duración indefinida; los trabajadores contratados en virtud de un CNE tenían derecho a una indemnización por fin de servicios en caso de despido ³⁴⁰.

En la misma oportunidad, la experta empleadora de **Francia** mantuvo que el objetivo del CNE había sido facilitar la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas ³⁴¹. Para el sector empleador francés, si las disposiciones del Convenio núm. 158 eran directamente aplicables, como lo habían establecido las decisiones judiciales, sus requerimientos tenían que ser suficientemente precisos para evitar la incertidumbre jurídica. Los países deberían tener la posibilidad de formular las exclusiones durante toda la vigencia del Convenio y no sólo al presentar la primera memoria, de modo que pudieran ir adaptando la aplicación del Convenio a sus políticas de empleo. La duración de los procedimientos, el costo de los despidos y la incertidumbre jurídica que generaba el Convenio núm. 158 eran obstáculos que dificultaban su ratificación.

España: la reforma laboral de 2012

Las dos principales confederaciones españolas (la Confederación Sindical de Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores) expresaron en una reclamación, presentada en mayo de 2012, que la reforma laboral del Gobierno de Mariano Rajoy implementada mediante la Ley núm. 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, era contraria al Convenio núm. 158. En noviembre de 2013, el Consejo de Administración se pronunció sobre la admisibilidad de la reclamación, y se constituyó, en mayo de 2013, un comité tripartito ³⁴². Las dos confederaciones protestaron por el impacto que tenía la crisis monetaria de la zona del euro en las sucesivas modificaciones del sistema legal del despido. Durante el Gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero se había adoptado la Ley núm. 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes

340 Párrafo 51, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

341 *Ibid.*, párrafo 47.

342 El documento GB.321/INS/9/4, de 13 de junio de 2014, recoge el informe del comité tripartito. El comité estuvo compuesto por el profesor Raffaele De Luca Tamajo (miembro gubernamental, Italia), Alberto Echavarría Saldarriaga (miembro empleador, Colombia) e Yves Veyrier (miembro trabajador, Francia).

para la Reforma del Mercado de Trabajo que amplió los supuestos que habilitaba al empleador a despedir precedentemente con arreglo a causas económicas. Según las dos confederaciones, las tendencias negativas que ya aparecían en la reforma laboral de 2010 se desarrollaron al máximo en la reforma laboral de 2012.

Las dos confederaciones denunciaron que los objetivos de la reforma laboral de 2012 fueron lograr la **flexiguridad**, lo que incluía incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo y favorecer la **eficiencia del mercado de trabajo** para reducir la **dualidad laboral**.

El Gobierno explicó que, desde el segundo semestre de 2008, cuando se inició la crisis en la zona monetaria del euro, y a diferencia de lo que había sucedido en otros países europeos, las empresas españolas habían recurrido mayoritariamente al despido. La opción por el despido no había sido caprichosa, sino que respondía a las debilidades del mercado de trabajo español que sufre de una elevada presencia de trabajadores temporales, menor inversión en formación y creaba más situaciones en las que un trabajador podía ser despedido. El Gobierno sostuvo que la reforma laboral de 2012 había recibido una valoración positiva del Fondo Monetario Internacional ³⁴³.

343 El Gobierno se remitió a un informe sobre España por el Fondo Monetario Internacional fechado el 27 de julio de 2012 donde se dijo, entre otras cosas, que:

Los directores subrayaron la urgencia de avanzar más en el fomento de la competitividad y el empleo, dado el alto nivel de desempleo, en particular entre los jóvenes. Se felicitaron por las medidas recientes del mercado laboral, dirigidas a reducir la dualidad del mercado y la rigidez de los salarios e incrementar la flexibilidad interna en las empresas. Estos esfuerzos deben complementarse con medidas adicionales para mejorar los mercados de productos y de servicios, y el entorno empresarial. En términos más generales, los directores instaron a una rápida aplicación de la agenda de reforma estructural del Gobierno.

A pedido del Gobierno de España, la Secretaría de la OCDE hizo una evaluación preliminar de la reforma laboral de 2012 sosteniendo que se redujo de manera significativa la rigidez de la legislación española sobre los despidos. Según el análisis económico de la OCDE, se habrían logrado crear 25 000 nuevos contratos indefinidos al mes, gracias a la reforma laboral de 2012. Las confederaciones sindicales que presentaron la reclamación en contra de la reforma laboral de 2012 no concordaron con el análisis de la Secretaría de la OCDE (véanse los párrafos 94-101 del documento GB.321/INS/9/4). Para un enfoque crítico, véase la publicación de la OIT, *España: Crecimiento con Empleo*, Ginebra, 2014. La doctrina laboralista española ha sido generalmente muy crítica

El informe del comité tripartito reconoció la preocupación de las dos partes sobre la coyuntura económica. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno español que aumente «sus esfuerzos para reforzar el diálogo social y, en consulta con los interlocutores sociales, [encuentre] soluciones a las dificultades económicas que sean conformes con el Convenio núm. 158»³⁴⁴.

La fijación de un período de prueba de un año en el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores (artículo 2, párrafo 2, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que la exigencia de razonabilidad de la duración del período de prueba era fundamental en el ordenamiento jurídico español. El artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores había establecido una duración máxima del período de prueba, vinculada a la formación del trabajador, de **seis meses** para los técnicos titulados y de **dos meses** para los demás trabajadores. Las dos confederaciones sostuvieron que el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE), establecido en el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 se alejó de los criterios y principios establecidos en el ordenamiento jurídico español ya que la duración de **un año** del período de prueba no se podía vincular a la cualificación y formación profesional del trabajador, ni a la experiencia que haya adquirido a lo largo de su trayectoria profesional, ni a la mayor o menor responsabilidad exigible al puesto de trabajo, ni al grado de dificultad en el desempeño de las funciones pactadas.

Las dos confederaciones recordaron las conclusiones del comité tripartito que examinó la reclamación sobre el contrato francés «nuevas contrataciones» (CNE)³⁴⁵, donde se expresaron dudas sobre la razonabilidad de la duración de un período de prueba de hasta **dos años** previsto en dicha modalidad contractual francesa que había estado en vigencia durante cerca de tres años desde agosto de 2005. El Gobierno español destacó que el Convenio núm. 158 no definía el concepto de duración razonable y que correspondía a cada país determinar los períodos de prueba que se consideran razonables. El Gobierno se remitió al informe del comité tripartito que examinó la reclamación del CNE en cuanto que también había concluido que no se podría excluir la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que **seis meses** (como se había previsto en Francia) para per-

sobre las reformas laborales, véase Casas Baamonde, María Emilia, «La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo», *Relaciones laborales*, núm. 10, 2014, págs. 15-43.

344 Párrafo 226 del documento GB.321/INS/9/4.

345 Documento GB.300/20/6 de noviembre de 2007, ya mencionado en la nota 27.

mitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. La decisión del comité tripartito de 2007 no había concluido, a partir de las consideraciones aparentemente adoptadas por el Gobierno francés de la época para determinar esa duración, que un período de hasta **dos años** sea razonable ³⁴⁶. El Gobierno español también observó que el Convenio núm. 158 ofrecía flexibilidad para su aplicación, en particular en relación con el artículo 2, párrafo 2, *b*), del Convenio, y se refirió expresamente a la posición de los expertos gubernamentales y trabajadores en la reunión tripartita de abril de 2011 ³⁴⁷.

El comité tripartito reiteró que efectivamente el artículo 2, párrafo 2, *b*), del Convenio no contiene una definición de «período de prueba» o de lo que debe entenderse por duración «razonable» del período de prueba y que efectivamente, en la reclamación sobre el CNE francés, no se había excluido la posibilidad de que estuviera justificado un período más dilatado que seis meses para permitir a los empleadores medir la viabilidad económica y las perspectivas de desarrollo de su empresa. El comité tripartito se remitió al debate tripartito de abril de 2011 sobre el alcance de las exclusiones previstas en el artículo 2 del Convenio y observó que la Oficina había indicado que se debían aplicar tres principios para utilizar las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158: 1) sólo podía aplicarse mediante **consultas tripartitas**; 2) el proceso de negociación debía ser **transparente y de buena fe**, y 3) los gobiernos tenían la **obligación de informar** sobre las exclusiones que se hubieran hecho ³⁴⁸. El comité tripartito concluyó su razonamiento diciendo ³⁴⁹:

El Comité observa que, según las organizaciones querellantes, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores fue establecido sin diálogo social. El Comité estima que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razo-

346 *Ibid.*, párrafos 70 y 71.

347 Párrafo 127, *Informe final*, TMEE/C.158-R.166/2011/2, mencionado en la nota 5.

348 *Ibid.*, párrafo 56. Véase también el párrafo 334 del Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo, donde la Comisión de Expertos indicó que las excepciones previstas en el Convenio sobre las agencias privadas de empleo, 1997 (núm. 181) están sujetas a que se observen las condiciones **de consulta, transparencia y de suministro de informaciones** requeridas en las cláusulas de flexibilidad de dicho Convenio.

349 Párrafo 246 del documento GB.321/INS/9/4.

nable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual.

El Comité invita al Gobierno a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio.

La nueva regulación de las causas de despido económicas (artículo 9, párrafos 1 y 3, del Convenio). Las dos confederaciones sostuvieron que las reformas introducidas por la ley núm. 3/2012 al artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores impedían que los jueces puedan «examinar las causas invocadas para justificar» el despido así como «todas las demás circunstancias relacionadas con el caso» y «verificar si la terminación se debió realmente a esas razones». El Gobierno español mantuvo que la reforma laboral de 2012 había redefinido los requisitos exigidos para que concurren las causas de los despidos colectivos. El Gobierno explicó que si se pone de manifiesto una causa y así lo constata el juez, significa que la causa existe y produce sus efectos. Si la causa no se acredita, será el juez quien apreciará que dicha causa no existe y que, en consecuencia, el despido no es justificado. Tanto las dos confederaciones como el Gobierno se remitieron a sentencias de tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas que valoraron las causas organizativas y productivas alegadas por la empresa y anulado despidos colectivos al estimar mala fe en la negociación y/o que la decisión era desproporcionada ³⁵⁰.

El comité tripartito observó que la nueva redacción del artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores y la práctica de los tribunales continúa permitiendo que los jueces examinen no sólo la concurrencia de las causas sino las causas mismas y las circunstancias relacionadas con los despidos y que verifiquen si los despidos se debieron realmente a las causas alegadas por el empleador. El comité tripartito observó que esta situación confirmaba que, pese a las modificaciones

350 Párrafos 101 y 174 del documento GB.321/INS/9/4.

introducidas en la reforma laboral de 2012, seguía existiendo en España un verdadero examen judicial de los despidos económicos.

La supresión de los salarios de tramitación ante la declaración judicial de la improcedencia del despido (artículo 10 del Convenio). Los salarios de tramitación son aquellos que, en virtud del Estatuto de los Trabajadores, se deben pagar desde la comunicación del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia que declara la improcedencia del despido. Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012, al suprimir los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato, produce un incentivo económico, irracional y arbitrario a favor del despido y en contra de la estabilidad del empleo, colisionando de manera frontal con el derecho al trabajo.

Las dos confederaciones insistieron en que, para asegurar el cumplimiento del artículo 10 del Convenio núm. 158, que determina que en caso de despido sin causa justificada los jueces tendrán la facultad de ordenar el pago de una «indemnización adecuada», se debe asegurar al trabajador una protección en caso de demora judicial en la resolución del proceso por despido sin causa justificada.

El Gobierno español mantuvo que las dos confederaciones habían hecho una lectura inadecuada del artículo 10 del Convenio dado que dicha disposición no contiene una referencia concreta a los salarios de tramitación. Los órganos que controlan los despidos — los jueces en el caso de España — pueden o no estar facultados por la legislación interna para imponer la readmisión. Lo único que es obligatorio es que, en caso de no estarlo o no resultar posible, los jueces deben tener la posibilidad de imponer el pago de una indemnización.

El comité tripartito observó que el artículo 56, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, en su tenor enmendado por la reforma laboral de 2012, establece para el supuesto de despido improcedente — si no se opta por la readmisión — una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Además, el comité tripartito observó que el trabajador podía acceder a una prestación por desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad el despido. El comité tripartito también consideró que, en caso de que una sentencia declare la nulidad del despido se condenaría automáticamente a la readmisión con abono de salarios de tramitación, como sería el caso de las decisiones extintivas que supongan discriminación o violación de derechos

fundamentales y libertades públicas del trabajador. El razonamiento del comité tripartito se resume en el siguiente párrafo ³⁵¹:

El Comité considera que si bien las modificaciones introducidas por la reforma legislativa de 2012 suprimen el pago de los salarios de tramitación en caso de opción por el empresario de la extinción del contrato ante la declaración judicial de la improcedencia del despido, no han eliminado el pago de una indemnización por la terminación de la relación de trabajo que requiere el artículo 10 del Convenio núm. 158. Los jueces españoles siguen facultados para ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en caso de que se llegue a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada.

El despido por absentismo (artículo 6, párrafo 1, del Convenio). Las dos confederaciones consideraron que la reforma laboral de 2012 había redefinido el absentismo individual de corta duración lo que conllevaba que una ausencia del trabajador por razón de enfermedad se convertía en una justa causa para el despido, en contradicción con el Convenio.

El Gobierno español recordó que la reforma laboral de 2010 ya había modificado el texto del Estatuto de los Trabajadores y establecido en el 2,5 por ciento el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo como criterio de referencia, sin que se presentaran controversias sobre la aplicación del Convenio. La ley núm. 3/2012 consideró como posible causa de despido objetivo las faltas de asistencia del trabajador en un período corto (dos meses seguidos o cuatro meses discontinuos) con las faltas que haya tenido ese mismo trabajador en un período más dilatado, el período de 12 meses anterior. De esta manera, la reforma laboral de 2012 eliminó la condición de que, junto con las ausencias de un trabajador, hubiera de concurrir un cierto absentismo del total de la plantilla.

El comité tripartito advirtió que efectivamente la redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores hecha por la ley núm. 8/1980, de 10 de marzo, ya establecía que no se computaran como faltas de asistencia al trabajo las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja había sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenía una duración de más de 20 días con-

351 Párrafo 279 del documento GB.321/INS/9/4.

secutivos. Las modificaciones a la redacción del artículo 52, *d*), del Estatuto de los Trabajadores, introducidas por la ley núm. 3/2012, requieren que el total de faltas de asistencia en los 12 meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Esta nueva redacción ha desvinculado las ausencias individuales del trabajador del absentismo general de la empresa. En la redacción anterior no era posible que el empresario despidiera al trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas, si el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo no superaba el 5 por ciento. El comité tripartito consideró que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 habían sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1.

El Gobierno de **España** y los interlocutores sociales (las dos confederaciones que presentaron la reclamación y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) se han apropiado de las recomendaciones formuladas por el comité tripartito y continúan las discusiones sobre la coherencia de lo actuado con el Convenio núm. 158. En particular, la UGT ha señalado que el CAE no parece ser una medida transitoria sino estructural dado que podría tener vigencia durante los próximos diez años (hasta que eventualmente en España se observe un desempleo inferior al 15 por ciento). Estos temas son ahora objeto de comentarios por parte de la Comisión de Expertos³⁵², el órgano encargado del control regular de la aplicación de los convenios ratificados.

352 CEACR, España – Convenio núm. 158, observación y solicitud directa de 2015.

La lectura del Tribunal Constitucional español del Convenio núm. 158

y la reforma laboral de 2012

La sentencia núm. 119/2014 del Tribunal Constitucional, de 16 de julio de 2014, desestimó un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra en relación con los aspectos relacionados con el contrato de apoyo a los emprendedores (CAE) en la ley núm. 3/2012. Una amplia mayoría del Tribunal Constitucional consideró constitucional el artículo 4 de la ley núm. 3/2012 que estableció un período de prueba de un año para el CAE. A diferencia del comité tripartito de la OIT, el Tribunal Constitucional consideró que sí podía y debía emitir un pronunciamiento específico y fundamentado sobre la razonabilidad y proporcionalidad del artículo 4 de la ley núm. 3/2012. Contrariamente al comité tripartito, la sentencia del Tribunal Constitucional no presta atención al diálogo social. Para el Tribunal Constitucional, el CAE es una medida perfectamente legítima incluyendo en su análisis al artículo 2, párrafo 2, b) del Convenio núm. 158.

Para el comité tripartito, el CAE no resultó ser una medida que da perfecto efecto al Convenio núm. 158. Los elementos sobre los cuales el Tribunal Constitucional sostiene la razonabilidad y la proporcionalidad del período de prueba del CAE son idénticos a los utilizados por el comité tripartito. Sin embargo, el comité tripartito pidió al Gobierno que examine «la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que este tipo de contrato [el CAE] sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio» (párrafo 247 del informe).

En la sentencia núm. 8/2015, de 2 de febrero de 2014, el Tribunal Constitucional desestimó otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto por dos grupos parlamentarios de la oposición. La nueva decisión no hace referencia directa al Convenio núm. 158 y confirma la jurisprudencia establecida en el Auto núm. 43/2014, de 12 de febrero de 2014 y en la sentencia núm. 119/2014.

APLICACIÓN: EL CONTROL REGULAR DE LA COMISIÓN DE EXPERTOS

La presentación de memorias sobre los convenios ratificados permite a la Comisión de Expertos realizar un control periódico y regular sobre su aplicación, fuera del contexto contencioso de los comités tripartitos que constituye el Consejo de Administración cuando se examinan reclamaciones.

Al respecto, conviene revisar la experiencia de **Australia** cuya primera memoria, presentada en 1995 fue observada «con interés» por la Comisión de Ex-

pertos, y sin dar lugar a comentarios ³⁵³. La situación cambió cuando la Comisión de Expertos analizó las disposiciones introducidas por la reforma legislativa de 2005 y comprobó que se habían excluido de la posibilidad de presentar un recurso judicial por despido injustificado a todos los empleados en empresas de menos de 100 trabajadores. El Gobierno de **Australia** pretendió que esta categoría de trabajadores podía quedar excluida del alcance del Convenio en virtud del párrafo 5 del artículo 2 en cuanto que se tratarían de situaciones que revisten «problemas especiales» habida cuenta de la naturaleza de la empresa que los empleaba.

En la observación formulada en 2007 ³⁵⁴, la Comisión de Expertos indicó que la exclusión permitida por el artículo 2, párrafo 5, se aplica únicamente cuando un gobierno enumera dicha exclusión en su primera memoria. La Comisión advirtió que el Gobierno de **Australia** no había enumerado la exclusión de empleadores de 100 o menos trabajadores en la primera memoria recibida en septiembre de 1995. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Australia** que asegure que el Convenio se aplique a todas las personas empleadas y observó que la exclusión de empleadores que ocupan a 100 o menos trabajadores de las disposiciones sobre el despido injustificado previstas en la Ley de Relaciones en el Lugar de Trabajo, de 1996, no eran conformes con el Convenio. La Comisión pidió al Gobierno de **Australia** que modifique la legislación de manera de asegurar la efectividad del Convenio.

Dos años después, la Comisión de Expertos comprobó que un nuevo Gobierno liderado por Kevin Rudd había modificado la legislación del trabajo y observó «con interés» que la excepción para los empleadores que ocupaban a 100 trabajadores había sido suprimida de la legislación ³⁵⁵.

Otro ejemplo pertinente es el examen de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio núm. 158 en **Portugal**, en particular en el contexto de las medidas de ajuste estructural adoptadas para hacer frente a la crisis de la deuda soberana en la zona del euro. En relación con **Portugal**, las medidas de ajuste estructural promovidas por el FMI incluyeron la reducción de las indemnizaciones «elevadas» por despido alineando las mismas prestaciones por despido para contratos permanentes y para contratos de duración determinada. La Secretaría del

353 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, solicitud directa de 1997.

354 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2007.

355 CEACR, Australia – Convenio núm. 158, observación de 2009.

FMI también sugirió que se revisen las «interpretaciones demasiado restrictivas de las disposiciones sobre despido justificado del Código del Trabajo» de manera de reducir el enfoque «sesgado» que tendrían las decisiones judiciales cuando examinan el uso de contratos de duración determinada ³⁵⁶.

En la observación formulada en 2012, la Comisión de Expertos examinó las enmiendas al Código del Trabajo adoptadas por la ley núm. 7/2009, de 12 de febrero de 2009. La Comisión de Expertos comprobó que las enmiendas de 2009 a la Ley de Procedimiento Laboral introdujeron una nueva reglamentación del procedimiento judicial aplicable a las reclamaciones por despido injustificado. En este contexto, la Comisión de Expertos tomó nota «con interés» de que las disposiciones del Código del Trabajo de 2009 habían reforzado los fundamentos para calificar un despido injustificado. El artículo 381, *d*), del Código del Trabajo establece que se debería considerar como un despido injustificado aquel que no recabe la opinión de la Comisión para la Igualdad en el Trabajo y en el Empleo antes de despedir a una trabajadora embarazada, a cualquier trabajadora que haya dado a luz recientemente o se encuentre en período de lactancia, así como a cualquier otro trabajador/a al inicio de su licencia por maternidad o paternidad.

En el contexto de la crisis, la Confederación General de Trabajadores Portugueses Intersindical Nacional (CGTP-IN) se refirió a la decisión (*acórdão*), del Tribunal Constitucional, núm. 338/2010, de 22 septiembre de 2010, que declaró la inconstitucionalidad del párrafo 1 del artículo 356 del Código del Trabajo de 2009 (donde se había querido modificar el carácter discrecional del ofrecimiento de pruebas en un procedimiento por despido) al violar los principios del derecho a la defensa y la protección de la seguridad en el empleo, consagrados en la Constitución nacional.

La Comisión de Expertos advirtió que, en el marco de las medidas de ajuste estructural adoptadas desde marzo de 2011, el Gobierno de **Portugal** emprendió reformas del sistema de protección del empleo, incluyendo la introducción de enmiendas a la regulación de los despidos individuales y la reducción de las indemnizaciones por despido. La Comisión de Expertos pidió al Gobierno de **Portugal** que informe sobre el efecto que tuvieron las reformas a la legislación sobre el despido para mantener y crear empleo, en particular las medidas adoptadas para reducir las prestaciones por despido. En cuanto a las modificaciones introducidas

356 Véase el párrafo 32 relativo a las reformas del mercado del trabajo del informe de la Secretaría del FMI, IMF Country Report No. 11/127, junio de 2011.

en el Código del Trabajo en materia de despido por la ley núm. 23/2012, de 25 de junio, la Comisión de Expertos se remitió a la Acórdão n.º 602/2013, del Plenario del Tribunal Constitucional, que sostuvo que ciertos aspectos de la reforma laboral violaban la prohibición de despedir sin justa causa consagrada por el artículo 53 de la Constitución Nacional³⁵⁷.

DESPIDOS COLECTIVOS

Las disposiciones del Convenio núm. 158 relativas a los despidos colectivos son particularmente someras: cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente (artículo 13). Asimismo, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente (artículo 14).

La Recomendación núm. 166 aconseja adoptar medidas para evitar o limitar al máximo los despidos colectivos, fijar criterios de selección, establecer cierta prioridad en caso de readmisión y adoptar medidas encaminadas a atenuar los efectos del despido (párrafos 20 a 26).

Sin embargo, la Organización adoptó otros documentos para guiar a las empresas y a los sindicatos en circunstancias económicas difíciles. En este sentido, se destaca la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración en noviembre de 1977 (la Declaración EMN). La Declaración EMN no tuvo el rango constitucional de la Declaración de Filadelfia de 1944 — ni el prestigio institucional que conocen los documentos solemnes adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1998, 2008 y 2009³⁵⁸. Los principios enumerados en la Declaración EMN

357 CEACR, Portugal – Convenio núm. 158, observación de 2015.

358 En junio de 1998, la **Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo** subrayó que «las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento». En términos más precisos, en la **Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización**

tienen como objetivo guiar a las empresas multinacionales, a los gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores en temas tales como la promoción del empleo, la igualdad de oportunidades, la seguridad del empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y de vida y las relaciones laborales. Los principios que contiene la Declaración EMN deberían ser aplicados voluntariamente por los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las empresas multinacionales.

Las disposiciones de la Declaración EMN no limitan ni afectan las obligaciones derivadas de la ratificación de un convenio internacional del trabajo. Por el contrario, la Declaración EMN promueve una mayor efectividad de los convenios, ratificados o no ratificados, en temas que son de particular importancia para las empresas. En efecto, en el párrafo 9 de la Declaración EMN se estableció que «sin perjuicio de la obligación de los gobiernos de asegurar la aplicación de los convenios que han ratificado, en los países en que los convenios y recomendaciones citados en este párrafo no sean aplicados, todas las partes deberían referirse a los mismos a fines de orientación a seguir en su respectiva política social». De esta manera, se encuentran **17 convenios «citados»** en la Declaración EMN y otros **14 convenios que «contienen disposiciones pertinentes»** que se enumeran en un anexo de la Declaración EMN. Entre los 17 convenios citados se encuentran los ocho convenios fundamentales, un convenio considerado de la mayor importancia para la buena gobernanza, el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122), y otros convenios importantes³⁵⁹. Entre los **14 convenios que «contienen**

equitativa también se insistió en que «la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas». Importa también mencionar que en junio de 2009, en la resolución «Para recuperarse de la crisis: Un **Pacto Mundial para el Empleo**» se mencionó a los instrumentos de la OIT relativos a la terminación de la relación de trabajo entre aquellos convenios pertinentes para «sustentar y apoyar los derechos en el trabajo», contribuir «a desarrollar una cultura de diálogo social especialmente útil en tiempos de crisis» y para evitar que se «desate una espiral descendente en las condiciones laborales y sustentar la recuperación».

359 De los 17 convenios citados en la Declaración MNE, 14 se encuentran en vigencia para el **Brasil**, un convenio ha sido denunciado (el Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110), ratificado en 1965 y denunciado en 1970) y sólo dos convenios no han sido ratificados, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130).

disposiciones pertinentes» para la Declaración EMN, se incluyó al Convenio núm. 158 ³⁶⁰.

En situaciones en las que el Convenio núm. 158 no ha sido ratificado, importa insistir en lo que dicen los párrafos 24 a 28 de la Declaración EMN los cuales tratan sobre la «seguridad del empleo» y alientan a que tanto los gobiernos como las EMN adopten «medidas apropiadas para ocuparse de las repercusiones de las actividades de las empresas multinacionales sobre el empleo y el mercado del trabajo». Las EMN tendrían que esforzarse para actuar como «modelo en la promoción de la seguridad del empleo, particularmente en los países en que el cese de las operaciones pueda acentuar el desempleo a largo plazo». Finalmente, en la Declaración EMN se establecen tres requerimientos particulares para el caso de despidos colectivos: que se notifiquen «con antelación razonable a las autoridades gubernamentales competentes y a los representantes de sus trabajadores y sus organizaciones, a fin de que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible» (párrafo 26 de la Declaración EMN), que «deberían evitarse los procedimientos de despido arbitrario» (párrafo 27) y que los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales, «deberían asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuyo empleo haya terminado» (párrafo 28).

Estas disposiciones de la Declaración EMN que deben ser voluntariamente aplicadas por las empresas responsables se han visto reforzadas en documentos más recientes y modernos adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, cuya elaboración concluyó en marzo de 2011 ³⁶¹. Sin embargo, los Principios Rectores no contienen disposiciones directamente vinculadas con el despido. Al contrario de lo que se advierte en las *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, cuya

360 De los 14 convenios pertinentes en la Declaración MNE, diez convenios se encuentran en vigencia para el **Brasil**, el Convenio núm. 158 ha sido denunciado, y tres convenios no han sido aún ratificados (el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1982 (núm. 173) y el Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184).

361 Documento A/HRC/17/31, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», de 21 de marzo de 2011.

última versión también fue adoptada en 2011, y confirman la necesidad de que las empresas responsables eviten efectuar despidos colectivos arbitrarios³⁶².

Son cada vez más numerosas las empresas de los países emergentes que tienen que dar cuenta sobre su responsabilidad social en relación con los trabajadores que directa o indirectamente ocupen, así como en relación con el impacto que tengan sus proyectos sobre el medio ambiente. Algunas críticas que en América Latina se dirigieron en la década de los años sesenta hacia un modelo de desarrollo que fomentaba el establecimiento de empresas multinacionales (especialmente norteamericanas) para lograr la industrialización, ahora puede suceder que se dirigirán hacia las empresas brasileras o chinas y serán ellas quienes resulten acusadas de buscar la manera de ignorar las normas locales en materia social y de medio ambiente. Por ello es que tomar conciencia y respetar ciertas normas sociales internacionales, incluso cuando no se encuentren ratificadas, puede parecer pertinente si se quiere asegurar una participación eficaz de las empresas de los países emergentes en la mundialización.

ANTES DE CONCLUIR...

El principal objetivo de este ensayo ha sido el de informar y explicar el debate que existe a nivel internacional sobre las normas relativas al despido. Al mismo tiempo, se ha pretendido disipar un malentendido: si bien faltan consensos sobre algunos puntos importantes entre los interlocutores sociales, los requerimientos que establece el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 continúan siendo el marco jurídico que se utiliza dentro de la OIT (y en los órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de derechos humanos, en la OCDE, en la Unión Europea y en otras instituciones internacionales) para buscar soluciones racionales a las dificultades que encuentran las empresas para despedir y los trabajadores para aceptar que su empleo terminó con una causa justificada. El Convenio núm. 158 sigue en vigencia en 35 países y continúa teniendo un impacto importante en la legislación nacional, en la práctica judicial y en la doctrina de muchos países.

362 Véanse el párrafo 6 del capítulo V de las Líneas Directrices de la OCDE y el párrafo 59 del comentario correspondiente.

Al afirmar el derecho de los trabajadores a conocer los motivos por los cuáles han sido despedidos, se insiste también en que el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 no consagran un derecho a la inamovilidad en el empleo sino que reconocen el despido justificado.

Cuando se insiste sobre los aspectos relacionados con los derechos humanos que se encuentran en el Convenio núm. 158, sus disposiciones son el objetivo de críticas redobladas de quienes no aceptan una protección internacional a los derechos que ya se consagran en la práctica y la legislación nacionales. Quienes estiman que el Convenio núm. 158 no consagra derechos humanos, consideran que la protección internacional del despido justificado no debe ser fuente para nuevos derechos a nivel nacional dado que el cumplimiento de los requerimientos de consulta con los interlocutores sociales del Convenio núm. 158 constituyen un obstáculo para modificar unilateralmente las condiciones del despido que se establecieron a nivel nacional.

En todo caso, lo que obtuvo el Convenio núm. 158 de la relación con los derechos humanos que estableció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy importante: la omisión de proteger adecuadamente el despido injustificado se puede considerar como una violación del derecho individual al trabajo³⁶³, con independencia de que el citado convenio haya sido o no ratificado. En una resolución adoptada el 22 de marzo de 2016, el Consejo de Derechos Humanos, puso de relieve que “el derecho al trabajo entraña, entre otras cosas, el derecho a no ser privado de trabajo de manera arbitraria e injusta y que los Estados, de conformidad con las obligaciones pertinentes relativas al derecho al trabajo, están obligados a poner en práctica medidas que garanticen la protección de los trabajadores contra el despido injustificado³⁶⁴”.

363 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que «el incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros». Ese incumplimiento «abarca ciertas omisiones [...] como el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente». Véase el párrafo 35 del documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/18, *El derecho al trabajo*, Observación general núm. 18, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, aprobada el 24 de noviembre de 2005. Véase también el párrafo 11 de dicha Observación general, en el que se hace referencia al artículo 4 del Convenio núm. 158.

364 Ver párrafo 8 del preámbulo de la resolución que se encuentra en el documento A/HRC/31/L.32, de 22 de marzo de 2016 y el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Dere-

Hay que observar que en las normas de la OIT no se reconoce el derecho individual al trabajo (en el sentido del artículo 6, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En efecto, a lo más próximo que se llegó en la consagración del derecho al trabajo — en el Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122) — fue para decir que sirve «para materializar el derecho al trabajo, en tanto que derecho humano básico» y en tanto y cuanto sirva para promover el pleno empleo, productivo y libremente elegido como piedra angular de las políticas económicas y sociales³⁶⁵. En efecto, las modalidades del derecho de despedir se encuentran en el punto de contacto — más bien, en el punto de impacto entre la «libertad de empresa» consagrada en los ideales revolucionarios de 1789 y los derechos sociales consagrados en las Constituciones del siglo xx³⁶⁶.

En el marco de la OIT, las instituciones del despido justificado quedan entonces sujetas al resultado de la concertación social y de lo previsto en la legislación y jurisprudencia nacionales. En este contexto, las medidas de ajuste estructural que se adoptan en la Unión Europea para mejorar la situación del empleo, tienden a reducir los niveles de protección que se habían consagrado en materia de despido. Cuando la reducción de los niveles de protección es el resultado de la concertación social, de acuerdos negociados por los interlocutores sociales, las cláusulas de flexibilidad del Convenio núm. 158 permiten una adaptación a las difíciles circunstancias que atraviesan las economías. El hecho de que se deba respetar un marco jurídico consensuado a nivel internacional debería ser un aliciente a que disminuyan las presiones que ejercen las opiniones económicas que pretenden demostrar la existencia de una relación directa entre la reducción de la protección en materia del despido y el aumento del empleo. Son pocas las comprobaciones que permitan afirmar que la reducción de las condiciones del despido es la causa directa de la creación de empleos de calidad.

Los argumentos económicos para reducir el costo del trabajo (y de las condiciones de despido) buscan simular las condiciones de una devaluación monetaria — devaluación que se ha vuelto imposible realizar individualmente en los países que se encuentran dentro de la zona monetaria del euro. En las reclamaciones que

chos Humanos, documento A/HRC/31/32 sobre la “efectividad del derecho al trabajo”, de 21 de diciembre de 2015.

365 Véanse las consideraciones sobre la «aplicación efectiva del derecho al trabajo» (párrafos 10-13) en el Estudio General de 2010 sobre los instrumentos relativos al empleo.

366 Joxe, Pierre: *Cas de conscience*, Ediciones Labor et Fides, 2010, pág. 207.

atendió la OIT en relación con **España** y **Francia** se observa una súbita necesidad de adoptar urgentemente nueva legislación sobre las condiciones de despido — rompiendo con las obligaciones de la consulta y concertación sociales — sin que sustancialmente se hayan generado empleos sostenibles.

Se puede recordar que existen también escuelas y experiencias económicas que sostienen que si las exigencias financieras se vinculan mecánicamente con la reducción de los costos, se podría matar la gallina de los huevos de oro del crecimiento económico. En este sentido, Amartya Sen³⁶⁷ ha recordado lo difícil que es encontrar «*la buena medida de la faja*» así como la frase que se le dice a una persona que se encuentra holgada dentro de una faja que parece resultarle cómoda: «*si se siente cómoda, evidentemente se necesita una talla más pequeña*». De tanto que se busca reducir algunos derechos, se corre el gran riesgo de provocar nuevas crisis sociales.

En muchos casos, las reformas laborales se acompañan de críticas a la justicia del trabajo. Se encuentran decisiones que pueden resultar irritantes en relación con la justificación del despido pero se trata de sentencias que se fundamentan en las disposiciones nacionales y en el examen particular del caso que han realizado los jueces competentes. Si se tiene en cuenta la letra del Convenio núm. 158, la jurisprudencia de los tribunales del trabajo puede dar lugar a una crítica de aquellas decisiones judiciales desatinadas. Lo que sorprende muchas veces es que la crítica de las decisiones de los tribunales del trabajo se origine en algunas organizaciones financieras internacionales (como se ha visto en el caso de **Portugal**) y se sustente en documentos económicos.

Como ejemplo de la versatilidad del Convenio núm. 158, se puede volver a leer su artículo 10 cuya aplicación no conlleva una obligación para que los tribunales ordenen la readmisión de un trabajador en caso de que consideren que el despido fue injustificado, como ya lo entendió el Ministro Celso de Mello al pronunciarse sobre la ADI 1480 en junio de 2001³⁶⁸. La readmisión puede quedar descartada por la legislación y la práctica nacionales o bien estar reservada, si hay una concertación social al respecto, a circunstancias excepcionales. El pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada es el derecho que le cabe a los trabajadores despedidos. Los organismos «neutrales» mencionados en

367 Sen, A.: «It isn't just the euro. Europe's democracy itself is at stage», en *The Guardian*, 22 de junio de 2011.

368 ADI 1480, mencionada en la nota 15.

el artículo 8 del Convenio (tribunales ordinarios, tribunales del trabajo, juntas de arbitraje o árbitros) intervienen, si corresponde, en el cálculo de los montos, los cuales también deben responder a los parámetros acordados en la práctica nacional. La neutralidad que impone el Convenio núm. 158 a las instancias judiciales hace parte de los fundamentos del Estado de derecho, y está destinada a preservar el equilibrio entre el empresario y el trabajador despedido.

Frente a quienes sigan buscando la ratificación, aplicación y promoción del Convenio núm. 158 se encontrarán otros que propugnen que se lo descarte. Sin embargo, no existe otro marco de referencia que permita hacer efectivo un mínimo de diálogo a nivel de la empresa cuando se rompe la relación de trabajo. La adhesión al Convenio núm. 158 no sólo refuerza el derecho del trabajo sino que puede disminuir las tensiones dentro de las empresas.

DISPENSA COLETIVA E A CONVENÇÃO 158 DA OIT

Maria Valéria Zaina³⁶⁹

INTRODUÇÃO

O desemprego não se caracteriza somente pela mera interrupção do contrato de trabalho, eis que suas consequências são muito mais avassaladoras. O trabalhador ao ser dispensado perde sua fonte de renda, ficando, ainda, impedido de contribuir com o seu grupo social e com sua capacidade diminuída perante seus familiares. As consequências ultrapassam os efeitos econômicos e sociais, gerando ao empregado dispensado sentimentos de fracasso, culpa pela inaptidão, a perda do centro de referência de construção da identidade e do pertencimento social.

Além da despedida do empregado gerar esses graves efeitos, ainda, causa prejuízos para toda a sociedade, refletindo de forma direta no encarecimento da produção, na perda de qualidade técnica dos trabalhos, na majoração dos gastos com programas de assistência social (como por exemplo: seguro desemprego) e, interfere, indiretamente, para o crescimento da violência em decorrência da intensificação dos conflitos sociais. Estas consequências se recrudescem nas hipóteses em que se concretiza despedida coletiva de trabalhadores, haja vista atingirem, seus nocivos efeitos, a um maior número destes, assim compreendido aquele correspondente à quantidade capaz de suplantiar a rotatividade média para o setor,

369 Advogada trabalhista. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC/PR, mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil.

provocando, portanto, um ampliado e significativo, para além do usual, desemprego do trabalho humano, desalojando-os da condição de inseridos no tecido social e com este identificados e pertencentes a ele.

No Brasil, em que pesem suas consequências grandiosas, a despedida coletiva de trabalhadores não possui regulamentação específica. Diante da omissão legislativa, insta salientar a existência de discussão jurídica quanto à Convenção 158 da OIT que, ao ser recepcionada pelo direito interno, acabaria com a celeuma acerca da dispensa sem justo motivo e regulamentaria a despedida coletiva, nos termos de seus artigos 4º, 13º e 14º. Entretanto, referida norma internacional foi denunciada pelo Brasil, gerando intenso debate jurídico quanto à validade dessa denúncia. Essa polêmica desenrola-se sob os argumentos da inconstitucionalidade, oriunda: a) do ato unilateral do Presidente da República, ao denunciar individualmente o tratado internacional, suprimindo-a do crivo do Congresso Nacional; b) bem como em face do prazo exigido para um Estado-membro denunciar normas internacionais da OIT.

Além de adentrarmos na querela da inconstitucionalidade da denúncia, também analisaremos a possibilidade de aplicação da Convenção 158 da OIT de forma direta, ou, ao menos como fonte internacional subsidiária de direito, visando a suprir a omissão legislativa relativa às dispensas coletiva se a suposta lacuna do inciso I do artigo 7º da Constituição de 1988. Além disso, a Convenção 158 da OIT também é permeada pela discussão sobre a alteração no posicionamento do STF quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Esse tema é de suma importância, pois a mudança constitucional no pensamento do STF influencia diretamente na aplicação desse tratado internacional ao direito interno brasileiro, por isso, também será objeto deste artigo.

1. DISPENSA COLETIVA E A CONVENÇÃO 158 DA OIT

1.1. Ratificação e denúncia da Convenção 158 da OIT

A Convenção Internacional de Viena de 1969, promulgada internamente no Brasil em 2009, através do Decreto 7030, versa sobre os direitos dos Tratados, conceituando-os em seu artigo 2º como “(...) *um acordo internacional concluído*

por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; (...)”. Os tratados que interessam para este trabalho são os oriundos da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Organização Internacional do Trabalho - OIT entende como Convenção um instrumento que cria normas jurídicas a serem ratificadas pelos países. Nesse sentido, a Convenção de Viena de 1969 sobre tratados, em seu artigo 11 dispõe que um Estado-membro se compromete a “cumprir um tratado internacional a partir da assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”. Nos artigos 12 a 14 explica como se dá o comprometimento de um Estado-membro por meio da assinatura, da troca dos instrumentos constitutivos do tratado, da ratificação, da aceitação, da aprovação ou da adesão, ou por quaisquer outros meios que foram pactuados.

Importante ressaltar que para uma Convenção da OIT ter a vigência nos Estados-membros, estes devem ratificá-la. O Brasil ratificou inúmeras Convenções da OIT, entretanto, abordaremos aqui, a Convenção de número 158. Essa Convenção dispõe sobre a proibição da dispensa imotivada dos trabalhadores, coibindo as dispensas sem justo motivo de empregados, preservando e protegendo o direito ao trabalho e limitando o direito potestativo de despedir dos empregadores.

O principal papel do Direito do Trabalho na sociedade atual é de assegurar as condições de cidadania no trabalho, garantindo o direito fundamental ao trabalho, a segurança e dignidade nas relações de trabalho. Insta salientar que o direito ao trabalho como direito fundamental, inserido no rol constitucional dos direitos sociais³⁷⁰, consagra-se como direito humano, com previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, em seu artigo XXIII, dispõe que o direito ao trabalho é direito humano. Esse entendimento é reforçado pelas Convenções da OIT³⁷¹. Além delas, há a previsão do direito ao trabalho como direito fundamental: na observação geral sob o número 18 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), órgão da Organização

370 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT – Dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. In: **Revista Ciência Jurídica do Trabalho**, v. 9, n. 55, p. 20, jan/fev de 2006.

371 COSTA, Candida da; ARANTES, Rivane. **Direito Humano ao Trabalho**. Curitiba: Plataforma Desca Brasil, 2009, p. 13.

das Nações Unidas (ONU)³⁷²; no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); Declaração da Filadélfia aprovada na Conferência Internacional do Trabalho em 1944; sobre os objetivos da OIT; Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho; no Pacto de São José da Costa Rica, bem como no Protocolo Adicional de São Salvador, todas consagram o direito ao trabalho com um direito fundamental.

Desta forma, a Convenção 158 da OIT por tratar de direito ao trabalho, protegendo-o, bem como por tratar de normas de direitos sociais que são “fundamentais por representarem uma vida digna, plena, de exercício de cidadania, erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa³⁷³”, é, portanto, tratado internacional de direitos humanos. Ainda, a observação geral nº 18 do CDESC, que além de prever o direito ao trabalho como um direito fundamental dos trabalhadores, também dispõe sobre a proteção em face da despedida como parte desse direito fundamental, tratado no artigo 6º do PIDESC.

Defende o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1625-3, ao afirmar que a Convenção 158 da OIT versa sobre direitos humanos, portanto, não é um tratado internacional comum³⁷⁴. Além do mais, a Constituição de 1988 ao tratar sobre direitos individuais e sociais no mesmo capítulo (capítulo II), os igualou, conseqüentemente se torna impossível a prevalência do direito individual sobre o social.

Do mesmo modo, a Constituição de 1988 determinou em seu artigo 5º, § 2º que os direitos nela expressos não excluem outros inerentes dos tratados internacionais em que o país tenha ratificado, isto é, demonstra o intercâmbio entre o ordenamento jurídico interno e o internacional de direitos humanos. Ainda, dispõe no mesmo artigo, que os tratados internacionais terão a mesma força jurídica que as emendas constitucionais, desde que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

372 Estudo do artigo 6º do PIDESC.

373 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 72.

374 Afirma o Ministro Joaquim Barbosa que “A Convenção 158 da OIT é, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais”. Disponível na internet via <http://s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2014.

O Brasil, ao ter ratificado a Convenção 158 da OIT em 04 de janeiro de 1995, passando a vigorar somente a partir do Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, estava obrigado a cumpri-la, bem como a proporcionar medidas necessárias para a efetivação das disposições nela contidas, é o que se infere do artigo 19 (5) (d) da Constituição da OIT. Nesse sentido, dispõe a Convenção de Viena de 1969, acima mencionada, em seus artigos 26 e 27, respectivamente, que todo tratado em vigor obriga as partes, devendo ser cumprido de boa-fé e uma parte não poderá invocar norma de seu direito interno para fundamentar o não cumprimento de um tratado.

Ocorre que, transcorridos apenas sete meses da sua ratificação, o Brasil denunciou a Convenção em questão, por ato do Presidente da República, mediante o Decreto 2100 de 20 de dezembro de 1996, sendo que deixaria de vigorar no país a partir de 20 de novembro de 1997. Essa situação gerou inúmeros questionamentos jurídicos, quanto à validade da denúncia, analisaremos aqui as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1480-3 e 1625.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1480-3 foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria e pela Confederação Nacional do Transporte, sob o argumento de que a Convenção 158 da OIT é revestida de inconstitucionalidade: formal, pois não pode substituir a lei complementar exigida pelo artigo 7º, I da Constituição de 1988 para regular a proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária, e; material por determinar a reintegração compulsória no emprego de empregado dispensado arbitrariamente, eis que distingue do paradigma constitucional que prevê nos termos do artigo supra e do artigo 10, I do ADCT, a garantia de indenização compensatória³⁷⁵.

Diante de todo esse contexto, coube ao Supremo Tribunal Federal julgar a ADI 1480-3 em sede de medida cautelar, sendo o Ministro Celso de Mello seu relator, o qual proferiu voto sustentando a inexistência de inconstitucionalidade material da Convenção 158 da OIT. Fundamenta em seu voto que no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, prevalece absolutamente a supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público, assim sendo, a Constituição sempre será hierarquicamente superior aos tratados internacionais, sob pena de invalidade e ineficácia das cláusulas convencionais.

375 SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: *Revista LTr*, v. 76, n.01, p. __, jan/jun de 2012.

Salienta que a Convenção 158 da OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, pois o processo solene de recepção pelo sistema de direito positivo interno foi concluído. Isto é, a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação ao ordenamento jurídico interno decorrem de um “ato complexo, resultante **da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional**, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) **e a do Presidente da República**, que além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto”. Diante disso, é que se reconheceu a incorporação da Convenção 158 da OIT ao direito interno.

Enfrentando o debate jurídico relativo à inconstitucionalidade material e formal da Convenção 158 da OIT, o Ministro Relator arguiu que a Constituição de 1988 primou pela proteção do direito ao trabalho em seu artigo 7º, I, restringindo o direito potestativo do empregador, no entanto, ainda falta lei complementar para regulamentá-lo.

Sustenta que a Constituição exclui a reintegração ao emprego, substituindo-a pela indenização compensatória, que até a regulamentação do artigo 7º, I é regulada pelo artigo 10, I do ADCT. Contudo, o teor da Convenção deixa claro, sob a ótica do D. Relator que não impõe como única regra a reintegração decorrente de uma despedida abusiva ou arbitrária, ao contrário, permite que cada Estado-membro (artigos 1º, 6º, n. 2, 8º, n. 2, 10º, 12º, n. 1, 13º, n.1, b, 14º, n. 3) escolha pela solução que seja mais compatível com sua legislação interna.

Ao analisar a inconstitucionalidade formal, sustentou que a eficácia e a concretização do conteúdo da Convenção 158 da OIT estão subordinadas à edição de ato legislativo interno que deverá revestir a forma de lei complementar, nos termos do artigo 7º, I da Constituição de 1988. Isso significa que a citada Convenção mesmo que fosse autoaplicável, ainda assim não poderia lhe ser conferida a eficácia no plano interno, pois tratados internacionais, mesmo tendo relação de igualdade normativa com as leis ordinárias, não podem dispor sobre matérias sujeitas ao domínio das leis complementares.

Repisa o entendimento de que entre tratados internacionais e leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa. Desta maneira, os atos internacionais são recepcionados em hierarquia infraconstitucional, no entanto, somente prevalecerão sobre as normas infraconstitucionais quando houver antinomia com o ordenamento interno. Para tanto, considera-se sempre os critérios de crono-

logia e da especialidade. Salienta que essa igualdade entre atos internacionais e leis infraconstitucionais não se aplica às leis complementares, pois o teor que a caracteriza deriva expressamente de reserva constitucional, que as diferencia das leis ordinárias. Posto que não se trata de reconhecer uma inexistente relação hierárquica entre leis ordinárias e complementares, sendo que ambas possuem na Constituição o pressuposto de validade jurídica.

Nessa esteira, sustenta que, caso se reconheça que a Convenção 158 da OIT poderá substituir a lei complementar, estaremos diante de uma inconstitucionalidade, pois tal fato viola os limites impostos pelo legislador constituinte, ou seja, somente a lei complementar é que pode regulamentar matéria reservada a ela pela Constituição. Isto posto, a Convenção 158 da OIT não pode substituir a lei complementar exigida pelo artigo 7º, I da Constituição de 1988³⁷⁶, eis que esta se revela como espécie normativa autônoma, infungível, não podendo por expressa reserva constitucional, ser substituída por lei ordinária.

Nessa linha de raciocínio, conclui que a Convenção 158 da OIT não ofende ao texto constitucional brasileiro, tendo em vista que a eficácia das normas dos tratados internacionais depende da superveniência da lei complementar reclamada exigida pela própria Constituição, bem como não é autoaplicável, dependendo de regulamentação do Estado-membro. Assim, defere parcialmente o pedido de liminar para declarar que o conteúdo da referida convenção não é auto-aplicável.

Quanto à inconstitucionalidade material, a Convenção 158 da OIT, segundo o voto, não contrariaria a Constituição de 1988, eis que proíbe a dispensa imotivada de empregados e este preceito também está inserido no artigo 7º, I da Carta Magna, portanto, há sim, compatibilidade entre elas. No entanto, a o artigo 7º, I da Constituição dispõe que a relação de emprego é protegida em face da dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme lei complementar que deverá prever indenização compensatória, que é fixada por enquanto no artigo 10, I do ADCT. É vedada, portanto, a dispensa imotivada no ordenamento pátrio, sendo errôneo defender a existência de um direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados. Conclui que “a Convenção 158/OIT não é inconstitucional sob o aspecto indicado. A uma, porque subsiste ela independentemente do disposto no

376 Considerando o novo posicionamento do STF quanto à hierarquia dos tratados internacionais, por serem incorporados ao ordenamento jurídico interno como norma supralegal, poderia sim, a Convenção 158 da OIT, regulamentar o inciso I do artigo 7º da Constituição de 1988.

art. 7º, I, tendo em vista o estabelecido no § 2º do art. 5º, da CF. (...). A duas, porque não consagra a Convenção 158/OIT à reintegração no emprego, apenas”.

Assim sendo, relativamente ao debate deste tema, existem doutrinadores favoráveis a constitucionalidade da Convenção 158 da OIT e outros que acastelam a inconstitucionalidade da mesma. Os que defendem a sua inconstitucionalidade³⁷⁷, o fazem com base nos mesmos argumentos expostos pelas Confederações Nacionais de Indústria e de Transporte, acima já exposto. Afirmam que o Congresso Nacional ao aprovar a referida Convenção cometeu uma irregularidade, pois se a própria Constituição de 1988 dispõe que a matéria será regulada por lei complementar, tal não pode ser objeto de outro tipo de lei, portanto, o Decreto de número 68 que ratificou a Convenção 158 da OIT é inconstitucional.

Por outro lado, contestando esses argumentos³⁷⁸, é a fundamentação de que a Convenção 158 da OIT foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional, adotando o processo previsto no artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988, inexistente qualquer vício formal de constitucionalidade, até mesmo porque o § 3º só foi acrescentado posteriormente com a Emenda Constitucional número 45/2004. Logo, por ter sido admitida como norma constitucional, não há descumprimento do rito legalmente exigido para lei complementar. Mais do que isso, o artigo 60, § 4º da Constituição de 1988, proíbe a reforma constitucional que vise acabar com direitos e garantias individuais, contudo, a mudança que expanda o rol de direitos fundamentais é totalmente permitida.

Saliente-se que a proteção constitucional em face da despedida arbitrária e sem justa causa, não prevê obrigatoriamente a reintegração no emprego. Já Convenção 158 da OIT prevê tanto a reintegração quanto o pagamento de indeniza-

377 BASSO, Maristela; BAPTISTA, Luiz Olavo. A Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro. In: **Genesis – Revista de Direito do Trabalho**, n. 43, 1996, p. 223/227.

378 SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: **Revista LTr**, v. 76, n.01, p. __, jan/jun de 2012. VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região**, v. 46, n. 76, p. 244, jul/dez de 2007. VELOSO, Carlos. A Convenção n. 158 – OIT: Constitucionalidade. In: **Revista LTr**, v. 61, n. 09, p. __, setembro/1997. ROMITA, Arion Sayão. Convenção 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. In: **Revista Forense**, Nov/dez. de 1997, v. 340, p. 64/73. GONÇALVES JÚNIOR, Mário. A constitucionalidade e excecutoriedade da Convenção nº 158 da OIT. In: **Genesis – Revista de Direito do Trabalho**, n. 43, p. 211/212, julho de 1996. BALTAZAR, Vanessa Anitablian. A Convenção n. 158 da OIT e a dispensa individual e coletiva no Brasil. In: **Revista LTr**, ano 49, p. 388/393, 2013.

ções³⁷⁹. Nesse sentido, Viana³⁸⁰ complementa que, mesmo sem a Convenção 158 da OIT já seria possível vedar as dispensas arbitrárias, seja com fulcro nos direitos humanos em geral, nos princípios constitucionais, no artigo 7º, I da CF/88, ou, mesmo se baseando nos princípios do Código Civil.

Insta salientar que o texto constitucional expresso no artigo acima mencionado, possui plena eficácia e aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º da CF/88, vedando, assim, o exercício abusivo do poder potestativo do empregador.

Prosseguindo, mesmo que se sustente ser a Convenção 158 da OIT inconstitucional por prever a reintegração no emprego, portanto, seria supostamente incompatível com a Constituição de 1988, há previsão no tratado internacional, do qual o Brasil é signatário - Protocolo de São Salvador - de reconhecimento do direito ao trabalho e da estabilidade dos trabalhadores em seus empregos.

O citado Protocolo é norma constitucional, portanto, a reintegração prevista na Convenção 158 da OIT é totalmente possível no ordenamento jurídico brasileiro³⁸¹. Se não bastasse isso, o fato da Constituição de 1988 prever indenização compensatória, não impede que a legislação interna regule a reintegração no emprego ou a estabilidade plena do trabalhador. Essa argumentação é plenamente aplicável e possível, tendo em vista o texto constitucional do caput do artigo 7º, o qual admite novos direitos que anseiem melhorar a condição social dos trabalhadores. Ademais, o que seria incompatível com a Constituição de 1988 é um regime geral de estabilidade, no entanto, não proibição quanto à reintegração do empregado no emprego. Aliás, a reintegração é a consequência lógica decorrente de uma despedida de trabalhador sem motivo justo.

Esse entendimento está inserido nos valores protegidos pela Constituição de 1988, isto é, o artigo 1º prevê que são fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Igualmente, o

379 MAUAD, Marcelo José Ladeira. A garantia de emprego em vigor (Convenção nº 158 da OIT). In: **Revista Genesis**, v. 7, n. 39, p. 353-355, 1996. REZENDE, Alaor Satuf. Comentários aos artigos da Convenção 158 da OIT - Introdução. MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. A Convenção n. 158 e o problema de sua vigência. In: VIANNA, Marcio Túlio. (Org.) **TEORIA E PRÁTICA DA CONVENÇÃO 158**. São Paulo: LTr, 1996, p. 34-38 e p. 77-88.

380 VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região**, v. 46, n. 76, p. 244, jul/dez de 2007.

381 SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT - Aspectos polêmicos e atuais. In: **Revista LTr**, v. 76, n.01, p. __, jan/jun de 2012.

artigo 170 dispõe sobre a livre iniciativa e que a ordem econômica deve prover a existência digna e a justiça social, para tanto, deve observar os princípios da função social da propriedade e do pleno emprego³⁸².

Ocorre que, antes mesmo dos ministros discutirem o mérito da ADI, o governo brasileiro denunciou a Convenção 158 da OIT, portanto, todo esse debate jurisprudencial e doutrinário acalorado, restou vazio. Desse modo, o Ministro Celso de Mello julgou extinta referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o fundamento de que os atos normativos objetos da mesma, já haviam perdido eficácia com a concretização da denúncia.

A denúncia por ato do Presidente da República trouxe nova discussão ao Poder Judiciário, por meio da ADI 1625-3, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, sob o fundamento de que o Decreto 2100 de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da OIT é inconstitucional.

1.2. Antijuridicidade da denúncia

O Brasil cumpriu todos os trâmites para validade da Convenção 158 da OIT, isto é, foi aprovada por Decreto Legislativo sob o número 68 em 16 de setembro de 1992, sendo feito depósito em 04 de janeiro de 1995, da carta de ratificação na Repartição Internacional do Trabalho da OIT, bem como houve Decreto de promulgação de número 1855, em 10 de abril de 1996³⁸³.

Quanto à possibilidade de denúncia, a própria Convenção prevê os prazos, em seu artigo 17, dispondo que poderá ser denunciada somente após dez anos de do início de sua vigência e mesmo assim, durante os doze meses subsequentes a cada decênio³⁸⁴.

382 SALOMÃO, Claudia Regina. A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da Convenção n. 158 da OIT. In: **Revista LTr**, v. 72, n. 04, p. __, abril/2008. SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: **Revista LTr**, v. 76, n.01, p. __, jan/jun de 2012.

383 MURI, Leandro Herlein. Garantia de Emprego e Direitos Fundamentais: A polêmica sobre a Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT. **Dissertação de mestrado**. Curitiba: Unibrasil, 2010, p. 112.

384 Convenção 158 da OIT. Disponível na internet via <http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>. Acesso

A controvérsia aqui paira sobre quando inicia a contagem do decênio, isto é, questiona-se, se a contagem do prazo para a denúncia ocorre a partir da vigência internacional da Convenção 158 da OIT, ou, a partir da vigência da mesma no Brasil.

O fundamento de que a contagem do decênio inicia a partir da vigência internacional da Convenção, isto é, a partir de 23 de novembro de 1985, podendo denunciá-la entre 23 de novembro de 1995 até 22 de novembro de 1996, baseia-se no que dispõe a própria Convenção o artigo 17, 1 da mesma: “*Todo membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, **a partir da data da entrada em vigor inicial** (...)*”. (sem grifo no original)

A vigência inicial a que se refere à Convenção, portanto, é a vigência internacional, com base no texto original em inglês do artigo 17, 1 da Convenção 158 da OIT, que utiliza a expressão “*first comes into force*”, ou seja, esta passa a vigorar pela primeira vez em 23 de novembro de 1995³⁸⁵.

Deste modo, qualquer Estado-membro que tenha ratificado a presente Convenção, poderia denunciá-la a partir de 1995, já que a sua vigência iniciou em 1985, sendo assim, o Brasil a denunciou em 20 de novembro de 1996 através do decreto 2100 que lhe conferiu publicidade, deixando de vigorar no país a partir de 20 de novembro de 1997³⁸⁶.

Por outro lado, entende-se que a Convenção apenas poderia ser denunciada no prazo de dez anos a contar do início de sua vigência no Brasil³⁸⁷ (a partir de 05/01/2006), isto é, quando da sua ratificação no país e não do prazo de vigência internacional³⁸⁸. Este entendimento, também é baseado no § 2º do artigo 17 da

em 10 de fevereiro de 2014.

385 SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: **Revista LTr**, v. 76, n. 02, p. __, fev/2012. ROMITA, Arion Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTr, 2003, p. 470.

386 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Despedida Coletiva: Âmbito normativo internacional e sistema jurídico brasileiro. In: **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciário**, v. 24, n. 283, p. 54, jan/2013. ROMITA, Arion Sayão. Convenção nº. 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. In: **Revista Forense**, ano 93, v. 340, p. 69/73, out/nov/dez, 1997.

387 ARAÚJO, Filipe Augusto Barolo L.; VILLATORE, Marco Antônio César. Aspectos sociais e econômicos envolvendo a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena Mello Rezende. (Org.). **Direito Internacional do Trabalho e Convenções Comentadas da OIT**. São Paulo: LTr.

388 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. In: **Ciência Jurídica do Trabalho**, ano IX, n. 55, p. 16, jan/fev. 2006. SÜSSEKIND,

Convenção 158 da OIT, que dispõe: “ficará obrigado, durante **um novo período de dez anos** e, sucessivamente, poderá denunciar esta convenção à expiração de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo”.

Ora, se a própria Convenção prevê um novo período de dez anos, é porque o prazo para denúncia se inicia da ratificação, entendimento contrário viola o bom senso, pois não é crível que um Estado-membro possa denunciar um tratado, meses depois de ratificá-lo, pelo fato de já estar em vigor há dez anos internacionalmente³⁸⁹. Esse entendimento é plausível, tendo em vista que se assim não fosse, o prazo de carência para a efetivação da denúncia, poderia ser sensivelmente minorado, desestabilizando a segurança jurídica e impediria que os Estados-membros tivessem mais tempo para tentar implantar novas normas internacionais em seus ordenamentos jurídicos³⁹⁰. Nesse aspecto, dispõe o artigo 24, item 3 da Convenção de Viena sobre tratados: “Quando o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado for manifestado após sua entrada em vigor, o tratado entrará em vigor em relação a esse Estado nessa data, a não ser que o tratado disponha de outra forma”.

De todo modo, mesmo que se considere o prazo decenal a contar da vigência internacional, a denúncia é inválida, tendo em vista que o Decreto 2100 foi publicado apenas em 23 de novembro de 1996, produzindo efeitos a partir de 20 de novembro de 1997, ou seja, fora do prazo que seria 23 de novembro de 1995 até 22 de novembro de 1996³⁹¹.

Entretanto, a controvérsia da inconstitucionalidade da denúncia não termina no prazo decenal, estende-se ao ato do Presidente da República ter denunciado unilateralmente, sem o consentimento do Congresso Nacional.

Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 235. SOARES FILHO, José. O Brasil frente à OIT: A denúncia da Convenção 158. In: **Jornal Trabalhista**, ano XIV, n. 668, p. 745, jul/1997.

389 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Parecer Jurídico solicitado pela Central Única dos Trabalhadores - CUT**. Rio de Janeiro, 1997, p._.

390 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por El gobierno brasileño. In: **Revista da Amatra VI**, Recife, ano 4, n. 13, 2001.

391 BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. A Convenção n. 158 – proteção contra a despedida injustificada. In: **Trabalho e Doutrina**, p.12, dez/1996.

Conforme afirmado, há discussão quanto à antijuridicidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, por ter ocorrida através de Decreto do Presidente da República, unilateralmente, sem consulta ao Congresso Nacional.

Primeiro, se faz necessário destacar que as Convenções da OIT são classificadas como tratados multilaterais, por permitirem a adesão de mais Estados, não somente àqueles inicialmente contratantes³⁹². Assim sendo, obrigatoriamente aplica-se a regra do artigo 49, I da Constituição de 1988 que dispõe a competência ao Congresso Nacional de resolver definitivamente sobre tratados, atos ou acordos internacionais. Ainda, o artigo 84 da Carta Magna não faz referência a que o Presidente da República tem competência para tratar sobre convenções internacionais³⁹³. Ao contrário, no inciso VIII dispõe que cabe ao Poder Executivo “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, **sujeitos a referendo do Congresso Nacional**” (sem grifo no original). Sendo assim, não poderia o Presidente da República unilateralmente ter denunciado a Convenção 158 da OIT. Tal feito é inconstitucional.

Para o Ministro Joaquim Barbosa que proferiu voto³⁹⁴ na ADI 1625-3, o Congresso Nacional além de possuir como função o controle das atividades do Poder Executivo, também deve juntar-se a ele para praticar um ato, que apenas um dos dois poderes não poderia realizar sozinho, que é o caso da denúncia da Convenção 158 da OIT. Prossegue o D. Ministro, a Constituição de 1988 tornou mais forte a atuação do Poder Legislativo, visando combater as presunções de que o mesmo possui ínfima participação no processo de tratados internacionais. Congresso Nacional forte significa participação mais forte das minorias, a própria Constituição

392 Quanto à classificação dos tratados internacionais, ver: SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 35/37. SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 60/63.

393 Alguns autores favoráveis à inconstitucionalidade da denúncia: MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. In: **Ciência Jurídica do Trabalho**, ano IX, n. 55, jan/fev. 2006. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Parecer Jurídico solicitado pela Central Única dos Trabalhadores - CUT**. Rio de Janeiro, 1997. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por el gobierno brasileño. In: **Revista da Amatra VI**, Recife, ano 4 (2001), n. 13. SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: **Revista LTr**, v. 76, n. 02, fev/2012.

394 Voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625-3. Disponível na internet via <http://s.conjur.com.br/dl/voto-joaquim-barbosa.pdf>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

de 1988 e a jurisprudência do STF procuraram dilatar ao máximo as possibilidades de as minorias atuarem. Desta forma, “é contraditório que não se permita ouvir a voz das minorias também na denúncia de tratados internacionais”.

Outro aspecto que merece relevância é que os Estados-membros preservam as boas relações internacionais, que são regidas pelo princípio da *pacta sunt servanda*, nos termos do preâmbulo da Convenção de Viena, bem como em seu artigo 46. Nesse aspecto, se evidencia que um Estado-membro somente e excepcionalmente pode arguir nulidade de um tratado ratificado, caso ele viole uma norma de importância fundamental no direito interno sobre a conclusão de tratados. Igualmente na Convenção de Viena em seu artigo 56, extrai-se que a denúncia é a extinção de um tratado no ordenamento jurídico do Estado denunciante, sendo que ela não se distingue de outras maneiras de extinção. Portanto, a ressalva contida em vários decretos legislativos, dentre eles o de número 68/1992 que aprovou a Convenção 158 da OIT, objetiva impedir que o Presidente da República extinga unilateralmente, ou seja, sem a participação do Congresso Nacional, um tratado internacional.

O Ministro Barbosa ressalta que o tratado é uma conjugação de duas vontades homogêneas, ou seja, a aprovação ou reprovação consiste em um ato de vontade concordante ao conteúdo expresso em um tratado internacional, daí decorrem três consequências. A primeira constitui na intervenção essencial do Congresso Nacional, eis que é essencial para a existência do tratado internacional, portanto, se ele é essencial na criação do tratado, também é indispensável para sua extinção ou denúncia. Pensar de modo diverso, desvirtuará a essência do tratado internacional em uma república democrática que designa atribuições específicas aos órgãos e poderes.

A segunda consequência configura-se na questão de que o ato do Congresso de aprovar um tratado internacional é muito mais do que protocolar, consiste em um ato de conteúdo significativo, pois pode mudar totalmente a vida de cidadãos comuns. Logo, a denúncia de um tratado por ação unilateral do Poder Executivo traduz a noção de que a aprovação do conteúdo do ato internacional pode ser simplesmente eliminada. Portanto, a função do Congresso Nacional é indelegável. E o fato da Convenção 158 da OIT possuir cláusula de denúncia não importa de modo algum em delegação, pois esta cláusula possui finalidade de possibilitar ao Estado-membro que a modalidade de denunciar o tratado que ratificou, não interferindo na distribuição de competências ente poderes do Brasil.

Por último, o tratado internacional ratificado por um Estado, é a expressão da vontade atual e efetiva, tanto do Poder Executivo quanto do Legislativo. Desse

modo, quando o Executivo opta por denunciar um tratado, obrigatoriamente deverá passar pelo crivo do Congresso Nacional.

De outro lado, se o tratado consiste na vontade dos dois poderes (legislativo e executivo), se um deles não quiser mais, desistir dessa vontade, o tratado não possuirá razão para permanecer no ordenamento interno, podendo ser denunciado unilateralmente. O Ministro Barbosa tece críticas a este posicionamento, sob os fundamentos de que o Poder Legislativo não pode obrigar o Executivo a exercer competência privativa sua, isto é, decidir pela denúncia de um tratado, bem como de que este ato configura deslealdade para com o direito internacional. Conclui que admitir a denúncia unilateral é ao mesmo tempo admitir que um dos poderes seja hierarquicamente superior ao outro.

O Ministro Joaquim Barbosa se posiciona contrário a possibilidade de o Poder Executivo denunciar unilateralmente a convenção predita, sob pena de violação aos artigos 49, I e 84, VIII da Constituição de 1988. Declara, assim, a inconstitucionalidade integral do Decreto 2100/1996, gerando duas consequências, primeira é tornar o ato da denúncia não obrigatório no Brasil, portanto, a Convenção permanece em vigor; segundo, como a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que a denunciou, o Presidente da República poderá ratificar novamente o tratado em questão.

A fundamentação da inconstitucionalidade não se limita ao texto constitucional, que bastaria para caracterizá-la, mas também se baseia na expressão contida no artigo 17, § 1º da Convenção 158 ao afirmar que cabe ao Membro da Organização a faculdade de denúncia e não ao Governo. Por membro entende-se o Estado. Ainda, a Convenção 144 da OIT, a qual foi ratificada pelo Brasil em 27 de setembro de 1994, estabelece em seu artigo 2º que o Estado-membro ao ratificá-la se compromete a colocar em prática medidas que assegurem consultas efetivas, entre os representantes dos trabalhadores e empregadores e do governo, sobre assuntos relacionados com as atividades da OIT.

E o artigo 5º da mesma Convenção institui que o objetivo dos procedimentos nela contidos será o de celebrar consultas sobre: “(...) e as propostas de denúncias de convenções ratificadas”. Diante dos fundamentos da Convenção 144 da OIT da qual o Brasil é signatário, extrai-se que pela Convenção 158 ser tratado multilateral, exige-se que haja consultas efetivas sobre propostas de denúncia, o que de fato não ocorreu. A violação a esta Convenção 144 pelo Estado-membro que a ratificou, torna a denúncia formalmente vulnerável, podendo, inclusive ser objeto

de reclamação perante a OIT³⁹⁵. Ora, o Governo brasileiro não pode simplesmente comunicar sua decisão de denunciar a Convenção 158 da OIT, sob pena de violar a Convenção 144 da OIT, o que ocorreu. Mais do que isso, o ato do Presidente da República violou um dos principais princípios da administração pública, qual seja, o princípio da publicidade expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988³⁹⁶. Em consequência, tem-se que a denúncia é nula e a Convenção 158 da OIT permanece vigente no país.

Se não bastasse toda essa argumentação quanto à inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, insta salientar, que a mesma versa sobre direitos humanos, portanto, é tratado internacional de direitos humanos³⁹⁷, tese, também defendida pelo Ministro Barbosa em seu voto na Adi 1625-3, sendo assim, por ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro no patamar constitucional, não poderia ter sido denunciada, ante a vedação pela cláusula pétrea contida no artigo 60, § 4º da Constituição de 1988.

Ainda, a Convenção 158 da OIT ao ser incorporada ao sistema jurídico brasileiro, deu efetividade ao direito fundamental ao trabalho, principalmente ao direito fundamental de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ressalve-se que o referido tratado não impõe ao ordenamento jurídico interno a estabilidade e sequer suprime a possibilidade de extinção do contrato de trabalho pelo empregador, mas sim, introduz a exigência de motivação justificada, de apresentação de um motivo justo por parte do empregador ao despedir um empregado, bem como cria obrigações procedimentais de negociação, transparência e informação para as despedidas coletivas. Logo, a Convenção 158 da OIT limita “a descartabilidade pura e simples da pessoa do trabalhador, com a exigência de uma motivação que corresponda de forma objetiva à racionalidade empresarial, associado a garantias de procedimentalização da ruptura”³⁹⁸.

395 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Parecer Jurídico solicitado pela Central Única dos Trabalhadores - CUT**. Rio de Janeiro, 1997.

396 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por el gobierno brasileño. In: **Revista da Amatra VI**, Recife, ano 4, n. 13, 2001.

397 MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. Comentários aos artigos da Convenção 158 da OIT – Introdução. In VIANNA, Marcio Túlio. (Org.). **Teoria e prática da Convenção 158**. São Paulo: LTr, 1996, p. 22.

398 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental o Trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012, p. 322-323.

Diante do exposto, a ratificação da Convenção 158 da OIT foi essencial para a realização e concretização do direito ao trabalho, portanto, não poderia ter sido denunciada. A denúncia trouxe consigo o vazio anterior da legislação e sequer houve qualquer outra norma que tenha substituído equivalentemente a referida Convenção, o que viola o caráter progressivo do direito fundamental ao trabalho, bem como a sua eficácia³⁹⁹, sob pena, ainda, de retrocesso social.

Repise-se que o Brasil é signatário do PIDESC e do Protocolo de São Salvador, os quais preveem a implementação progressiva do direito fundamental ao trabalho. Assim, a denúncia da Convenção 158 da OIT violou uma obrigação de direito internacional, bem como violou a proibição de retrocesso do direito fundamental ao trabalho, o que é vedado pela previsão constitucional no artigo 5º, § 1º ao prever a obrigação de imediata concretização e imediato desenvolvimento do direito fundamental⁴⁰⁰.

Desse modo, a Convenção 158 da OIT por ser de suma importância para a concretização do direito fundamental ao trabalho, não poderia ter sido denunciada e suprimida do ordenamento jurídico brasileiro e sem ser substituída por outra norma equivalente, violou, conforme predito, o caráter progressivo e a eficácia do direito fundamental. Saliente-se que o caráter progressivo dos direitos fundamentais prevê proibição de violação, a proteção e a implementação desses direitos, por isso, o Brasil ao denunciar o tratado internacional mencionado violou a progressividade do direito fundamental ao trabalho⁴⁰¹.

Nesse cenário, é que o Supremo Tribunal Federal deve julgar a ADI 1625-3 predita, sendo que até o momento, não houve finalização, eis que a Ministra Ellen Grace pediu vista em 03/09/2007, quando a votação já computava 3 votos a favor da inconstitucionalidade da denúncia. Importante salientar que, no ínterim do curso dessa ação, houve alteração do entendimento do STF quanto à hierarquia dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, o que inevita-

399 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental o Trabalho: fundamentação e Exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012, p. 322-323.

400 BEAUDONNET, Xavier. **Direito Internacional do Trabalho Direito Internacional: Manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito**. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011, p.106-109.

401 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental o Trabalho: fundamentação e Exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012, p. 322-323.

velmente afeta a Convenção 158 da OIT e a sua potencialidade para disciplinar a proteção em face da despedida de trabalhadores, conforme adiante se abordará.

1.3. A mudança constitucional na jurisprudência do STF quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

No Brasil, há discussão quanto ao patamar em que um tratado internacional de direitos humanos ingressa no ordenamento jurídico brasileiro. Existem duas teorias. A teoria dualista permite a existência de dois ordenamentos jurídicos distintos, um nacional e outro internacional, ambos são válidos. Já para a teoria monista, o Direito Internacional e o direito interno fazem parte do mesmo ordenamento jurídico, razão pela qual, após a ratificação de um tratado por um Estado-membro, sua incorporação ao sistema jurídico interno é automática, eis que suas normas são autoaplicáveis⁴⁰².

O Brasil é adepto da teoria monista, pela qual um tratado ratificado pode complementar, modificar ou revogar normas do direito interno, entretanto, até a emenda constitucional de número 45/2004, não havia norma que estabelecesse a hierarquia dos tratados internacionais⁴⁰³.

A Emenda Constitucional número 45, trouxe inovações ao texto da Constituição de 1988, inserindo o § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que estipula expressamente que os tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que sejam aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Trouxe, portanto, ao texto constitucional o procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos ao sistema jurídico interno, equiparando-os às emendas constitucionais.

Essa alteração constitucional impede que o Supremo Tribunal Federal questione a hierarquia dos tratados internacionais recepcionados pelos tramites dis-

402 SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 62/63.

403 Conforme: GOMES, Eduardo Biacchi; VILLATORE, Marco Antônio César. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, na conformidade da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004. In: RAMOS FILHO, Wilson (Org.). **Constituição e Competência material da Justiça do Trabalho**. Curitiba: Gênese, 2005, p.84. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 68.

postos no § 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Com o advento dessa alteração normativa, surgiram duas classificações dos tratados internacionais de direitos humanos: a primeira incide nos tratados materialmente constitucionais e a segunda consiste nos material e formalmente constitucionais.

Diante dessa alteração do texto constitucional, trazida pela Emenda 45/2004, o STF se viu obrigado a enfrentar novamente a questão da hierarquia dos tratados internacionais, o que ocorreu de forma direta no HC número 87.585, em 12 de março de 2008, julgamento que envolveu a prisão civil de depositário infiel.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi quem, divergindo, propôs a hierarquia supralegal dos tratados, saindo como voto vencedor, compreendeu que a alteração constitucional trazida pela emenda 45/2004, que acrescentou o § 3º no artigo 5º, ressaltou o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos em relação aos outros tratados “de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”. Arguiu que essa alteração solucionou a questão de que os tratados de direitos humanos para poderem ingressar como emendas constitucionais, deverão ser aprovados em quórum especial nas duas casas do Congresso Nacional, assim sendo, a mudança constitucional demonstrou a insuficiência da tese de hierarquia de lei ordinária dos tratados e das convenções internacionais já ratificados pelo nosso país. Tese que prevalecia no STF.

O ministro compreendeu que a interpretação mais consistente é aquela que atribui hierarquia supralegal aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Nesse aspecto, fundamenta que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia infraconstitucional, no entanto, por possuírem caráter especial, frente às demais normas internacionais, são “dotados de um atributo de supralegalidade”. Por outro lado, em seu voto, alega que os referidos tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, contudo, possuem um “lugar especial” no sistema jurídico. Assim, equiparar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos à legislação ordinária é subestimar o valor especial inerente a eles, “no contexto de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Desse modo, conclui o D. Ministro que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos devem ser considerados como estatutos localizados em uma posição intermediária, isto é, estão situados em estatura superior à das leis internas em geral, mas subordinados à Constituição Federal. Diante dos argumentos expostos, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi vencedor no julgamento do HC 87585, modificando assim o posicionamento do STF quanto à hierarquia

dos tratados internacionais de direitos humanos, determinando a sua recepção ao ordenamento jurídico interno como norma supralegal.

Repise-se, o STF firmou posicionamento de que os tratados internacionais que forem incorporados ao ordenamento interno, por intermédio do rito previsto no § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988, serão considerados Emendas Constitucionais. Já, os tratados que forem incorporados pelo rito do § 2º do mesmo artigo terão eficácia supralegal.

Diante dessa alteração da jurisprudência do STF, que passou a conferir hierarquia supralegal às convenções internacionais sobre direitos humanos⁴⁰⁴ que não sejam incorporados ao direito interno pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição de 1988, caso seja recuperada a vigência da Convenção 158 da OIT, decorrente da declaração de invalidade de sua denúncia, implicará na sua plena eficácia e validade, sem os empecilhos impostos pelo STF no julgamento da ADI 1480-3, segundo os quais ela não poderia normatizar matéria reservada à lei complementar pelo art. 7º, I, da Constituição.

Com essa alteração constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Convenção 158 da OIT passa a ter plena validade, desde que sua denúncia seja considerada inconstitucional. Não obstante o entendimento do STF, é importante considerar que por meio do controle abstrato, há possibilidade mediante o exercício do controle difuso de convencionalidade e de legalidade dos atos normativos, de qualquer juiz, incidentalmente, declarar a invalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, considerando-a vigente. Assim sendo, a Convenção 158 da OIT pode ser plenamente aplicável no Brasil⁴⁰⁵.

Entretanto, mesmo que não se entenda pela invalidade da denúncia e pela plena vigência da Convenção 158 da OIT, há, ainda, a possibilidade de aplicação subsidiária ao ordenamento interno da mesma. Assim dispõe a CLT em seu artigo 8º, *caput* e parágrafo único, dispõe que o juiz não pode ficar inerte diante de uma omissão legislativa, devendo aplicar os recursos que lhe são disponibilizados. No

404 SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados de Direitos Humanos e a EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum***. Disponível na internet via <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

405 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental o Trabalho: fundamentação e Exigibilidade**. São Paulo: LTr, 2012, p. 323.

mesmo sentido, é o Enunciado de número 03 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que dispõe que as normas internacionais são fontes de direito e devem ser aplicadas de forma subsidiária ao direito interno.

Desta forma, o Direito Internacional pode e deve ser utilizado como fonte subsidiária ao ordenamento interno, quando houver lacuna legislativa, por meio de princípios jurisprudenciais; usado como fonte de inspiração pelos Tribunais. Nesse sentido as recomendações e convenções da OIT são textos que expressam orientações e mesmo que o Brasil não as tenha ratificado (no caso das convenções), podem ser utilizadas de forma subsidiária. Do mesmo modo, os tratados internacionais que tenham sido ratificados, mas não incorporados ao direito interno, podem servir como fonte, principalmente se versarem sobre direitos humanos fundamentais⁴⁰⁶.

Caso se entenda que a Convenção 158 da OIT não está vigente no ordenamento jurídico brasileiro, esta pode e deve ser aplicada pelo Poder Judiciário de forma subsidiária, tendo em vista a permissão legal para tanto. Isso diante da omissão legislativa quanto às despedidas coletivas de trabalhadores, tendo em vista que em nosso país não há lei específica regulamentando essa tipologia de extinção contratual. Entretanto, essa omissão legislativa não se coaduna com o arcabouço de normas e valores contidos no texto constitucional relativos ao direito fundamental à proteção contra a despedida. Assim, diante desse plexo normativo e principiológico é inadmissível a inteira liberdade de despedida coletiva, devido seus efeitos mais nefastos do que a dispensa individual, por meio do mero pagamento da indenização de 40% sobre o saldo do FGTS, e ainda, sem a participação do sindicato representativo da categoria⁴⁰⁷. Além disso, a própria OIT dispõe em sua Constituição que os Estados-membros são obrigados a respeitar as Convenções da Organização, mesmo àquelas que não tenham ratificado.

Diante da ausência legislativa de norma específica quanto à regulamentação das despedidas coletivas de trabalhadores, o Poder Judiciário não pode se omitir, pois tem o dever de proteção dos titulares do direito ao trabalho frente a terceiros, bem como deve garantir a função social da empresa e do contrato de trabalho,

406 BEAUDONNET, Xavier. **Direito Internacional do Trabalho** *Direito Internacional: Manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito*. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011, p. 30/38.

407 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho**. op. cit., p. 271.

a participação da entidade sindical, a solidariedade e a boa-fé objetiva⁴⁰⁸. Para tanto, poderá se basear nos tratados internacionais, como por exemplo, na Recomendação 166 da OIT. Embora as recomendações internacionais do trabalho não precisem ser ratificadas, a Constituição da OIT dispõe que os Estados-membros por fazerem parte da Organização Internacional, tem por obrigação seguir suas orientações, pois ao se tornar membro deve respeitar suas normativas. Também é plenamente possível utilizar as normas internacionais como fontes subsidiárias, visto que, o ordenamento pátrio admite tal feito.

Insta salientar que há quem defenda a ausência de omissão legislativa quanto às despedidas individuais, pois o inciso I do artigo 7º da Constituição de 1988 deve ser interpretado diante do direito fundamental ao trabalho, de um direito e de um dever de proteção adequada contra a despedida arbitrária e sem justa causa. Sustentam que o referido artigo versa apenas sobre as dispensas individuais de trabalhadores, inclusive pelo fato da ADI 1480-3 não ter feito qualquer impugnação quanto aos artigos 13 e 14 da Convenção 158 da OIT que regulam as dispensas coletivas⁴⁰⁹. Já as dispensas coletivas não possuem regulamentação específica, e, diante do seu caráter peculiar por possuir efeitos muitos mais abrangentes e graves do que a despedida coletiva urge por regulamentação. Por isso, a omissão legislativa poderá ser suprida pela aplicação da Convenção 158 da OIT⁴¹⁰.

Conclui-se que mesmo que se considere válida a denúncia da Convenção 158 da OIT, ela deve ser usada de forma subsidiária ao ordenamento jurídico interno, inclusive, por consistir em tratado de direitos humanos, que prioriza o direito fundamental ao trabalho, principalmente quando se trata de dispensas coletivas.

408 WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho**. op. cit., p. 271.

409 BALTAZAR, Vanessa Anitablian. A Convenção n. 158 da OIT e a dispensa individual e coletiva no Brasil. In: **Revista LTr**, ano 49, p. 390-392, 2013. MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. In: **Revista Doutrina**, n. 242, agosto/2009, p. 74. AROUCA, José Carlos. A Convenção 158 e as dispensas coletivas. In: **Revista do Direito do Trabalho**, v. 124, agosto/2008, p. 22.

410 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. In: **Revista Ciência Jurídica do Trabalho**, v. 09, n. 55, p. 24, jan./fev. 2006. SÜSEKIND, Arnaldo. A compatibilidade entre a Convenção OIT – 158 e a Constituição Brasileira. In: **Revista LTr**, v. 60, n. 01, p. __, jun. 1996.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental ao trabalho possui caráter multidimensional, sendo que uma das suas principais dimensões é o direito fundamental de proteção em face da dispensa, limitando o direito potestativo do empregador de cessar de forma unilateral e sem motivo justo o contrato de trabalho. Como vimos, quando o trabalhador é despedido, perde imediatamente sua fonte de renda, consequentemente, fica impedido de contribuir com o seu grupo social e com sua capacidade diminuída perante seus familiares. Saliente-se que, quando se trata de despedidas coletivas esse desequilíbrio é ainda maior, pois seus efeitos se multiplicam não apenas pelo número de trabalhadores dispensados, mas também por afetar toda a sociedade em decorrência do desemprego.

Destarte, urge a regulamentação das despedidas coletivas no Brasil. A Convenção 158 da OIT, conforme vimos, mesmo diante da sua denúncia, a qual em nosso entender, é inconstitucional, pode sim, ser aplicada diretamente ao direito interno, mediante o controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz pode declarar a invalidade de normas legais. Logo, qualquer juiz pode declarar inconstitucional o ato unilateral de denúncia do referido tratado internacional, realizada pelo Presidente da República. Desse modo, é plenamente possível a aplicação da Convenção 158 da OIT ao direito interno, a fim de regulamentar às dispensas coletivas, inclusive limitando-as, bem como exigindo como condição de validade a negociação prévia com o sindicato representativo dos trabalhadores.

Se não bastasse esse entendimento, a Convenção internacional acima mencionada pode ser aplicada de forma subsidiária ao direito interno, como fonte internacional de direito, nos termos em que prevê o artigo 8º da CLT, regulamentando, assim, as despedidas coletivas de trabalhadores. Insta salientar, ainda, a conclusão de que a Convenção 158 da OIT é tratado internacional de direitos humanos, por expressa previsão em normas internacionais, inclusive e principalmente, pelo próprio reconhecimento da Constituição de 1988, eis que trata especificamente do direito fundamental ao trabalho. Ainda, com a alteração do posicionamento do STF quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, compreendendo que integram o direito interno como normas supralegais, a Convenção 158 da OIT pode regulamentar o artigo 7º, I da Constituição de 1988, com aplicabilidade imediata.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Filipe Augusto Barolo L.; VILLATORE, Marco Antônio César. Aspectos sociais e econômicos envolvendo a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; COLNAGO, Lorena Mello Rezende. (Org.). *Direito Internacional do Trabalho e Convenções Comentadas da OIT*. São Paulo: LTr.
- AROUCA, José Carlos. A Convenção 158 e as dispensas coletivas. In: *Revista do Direito do Trabalho*, v. 124, agosto/2008.
- BALTAZAR, Vanessa Anitablian. A Convenção n. 158 da OIT e a dispensa individual e coletiva no Brasil. In: *Revista LTr*, ano 49, p. 388/393, 2013.
- BARROS JUNIOR, Cássio de Mesquita. A Convenção n. 158 – proteção contra a despedida injustificada. In: *Trabalho e Doutrina*, p.12, dez/1996.
- BASSO, Maristela; BAPTISTA, Luiz Olavo. A Convenção 158 da OIT e o Direito Brasileiro. In: *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, n. 43, 1996.
- BEAUDONNET, Xavier. *Direito Internacional do Trabalho Direito Internacional: Manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito*. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. La denuncia de tratados internacionales de derechos humanos. Estudio de caso: la denuncia del Convenio OIT 158 por El gobierno brasileño. In: *Revista da Amatra VI*, Recife, ano 4, n. 13, 2001.
- COSTA, Candida da; ARANTES, Rivane. *Direito Humano ao Trabalho*. Curitiba: Plataforma Desca Brasil, 2009.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a Despedida Coletiva: Âmbito normativo internacional e sistema jurídico brasileiro. In: *Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciário*, v. 24, n. 283, p. 54, jan/2013.
- GOMES, Eduardo Biacchi; VILLATORE, Marco Antônio César. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, na conformidade da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004. In: RAMOS FILHO, Wilson (Org.). *Constituição e Competência material da Justiça do Trabalho*. Curitiba: Gênese, 2005.
- GONÇALVES JÚNIOR, Mário. A constitucionalidade e executoriedade da Convenção nº 158 da OIT. In: *Genesis – Revista de Direito do Trabalho*, n. 43, p. 211/212, julho de 1996.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Convenção 158 da OIT – dispositivo que veda a dispensa arbitrária é auto-aplicável. In: *Ciência Jurídica do Trabalho*, ano IX, n. 55, p. 16, jan/fev. 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. In: *Revista Doutrina*, n. 242, agosto/2009.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. A garantia de emprego em vigor (Convenção nº 158 da OIT). In: *Revista Genesis*, v. 7, n. 39, p. 353-355, 1996.

MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. A Convenção n. 158 e o problema de sua vigência. In: VIANNA, Marcio Túlio. (Org.) *TEORIA E PRÁTICA DA CONVENÇÃO 158*. São Paulo: LTr, 1996, p. 34-38 e p. 77-88.

MELLO FILHO, Luiz Phillippe Vieira de. Comentários aos artigos da Convenção 158 da OIT – Introdução. In VIANNA, Marcio Túlio. (Org.). *Teoria e prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.

MURI, Leandro Herlein. Garantia de Emprego e Direitos Fundamentais: A polêmica sobre a Inconstitucionalidade da Denúncia da Convenção 158 da OIT. *Dissertação de mestrado*. Curitiba: Unibrasil, 2010.

REZENDE, Alaor Satuf. Comentários aos artigos da Convenção 158 da OIT – Introdução.

ROMITA, Arion Sayão. Convenção 158 da OIT: vida e morte no direito brasileiro. In: *Revista Forense*, Nov/dez. de 1997, v. 340.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Convenção n. 158 da OIT – Aspectos polêmicos e atuais. In: *Revista LTr*, v. 76, n.01, p. __, jan/jun de 2012.

SALOMÃO, Claudia Regina. A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista LTr*, v. 72, n. 04, p. __, abril/2008

SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia Constitucional dos Tratados de Direitos Humanos e a EC 45 – tese em favor da incidência do **tempus regit actum***. Disponível na internet via <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>. Acesso em 15 de janeiro de 2014.

SOARES FILHO, José. O Brasil frente à OIT: A denúncia da Convenção 158. In: *Jornal Trabalhista*, ano XIV, n. 668, p. 745, jul/1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A compatibilidade entre a Convenção OIT – 158 e a Constituição Brasileira. In: *Revista LTr*, v. 60, n. 01, p. __, jun. 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Parecer Jurídico solicitado pela Central Única dos Trabalhadores - CUT*. Rio de Janeiro, 1997.

VELOSO, Carlos. A Convenção n. 158 – OIT: Constitucionalidade. In: *Revista LTr*, v. 61, n. 09, p. __, setembro/1997.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região*, v. 46, n. 76, p. 244, jul/dez de 2007.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental o Trabalho: fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

**PARTE V - PROTEÇÃO DA SAÚDE
NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

A MONETIZAÇÃO DA SAÚDE OBREIRA

Eduardo Chavez Pina Ribeiro⁴¹¹

1. INTRODUÇÃO

A monetização da saúde dos trabalhadores é uma realidade presente no Direito Capitalista do Trabalho, mas, infelizmente, é um tema ainda timidamente combatido pela Doutrina e, especialmente, pela jurisprudência dos Tribunais trabalhistas.

Na sociedade capitalista em que vivemos, há o entendimento arraigado na consciência do cidadão e, principalmente das grandes corporações, de que tudo tem seu preço, inclusive a saúde do trabalhador. Este raciocínio, lamentavelmente, não é de todo incorreto, já que nosso sistema jurídico acaba por legitimar o modo de produção e exploração capitalista.

João Humberto Cesário ressalta que a opção legislativa de criar adicionais econômicos para “comprar” a saúde do obreiro, leva ao entendimento de que ela faz parte do mercado capitalista de consumo, ficando de lado a necessária superação das mazelas ambientais existentes no cotidiano laboral⁴¹².

411 Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Analista Judiciário do TRT-PR, pós-graduado em Direito Processual Civil no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho nas Faculdades Integradas do Brasil.

412 CESÁRIO, João Humberto. **Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.

Boa parte da Doutrina e quase a totalidade da jurisprudência, tratam do pagamento de adicionais de maneira absolutamente naturalizada, até mesmo banal, inexistindo questionamentos sobre a forma que se dá a exploração da saúde dos trabalhadores. É como se fora um tema “resolvido”, bastando o pagamento dos adicionais legais, sem que existam indagações aos males provocados à saúde dos milhões de obreiros brasileiros submetidos a condições insalubres e perigosas.

Souto Maior e Ramúlio Mendes Moreira ressaltam que o Direito do Trabalho está, ainda, em formação e, por isso, é necessário que o intérprete se posicione no lugar do trabalhador, admita o Direito como instrumento em constante construção, e visualize o Direito do Trabalho na perspectiva da melhoria da condição social e econômica do trabalhador. Asseveram que o “domínio desse conhecimento teórico permite compreender que o caráter estático de alguns temas trabalhistas representa a sua própria negação”⁴¹³. É exatamente esta a situação verificada em relação à monetização da saúde dos trabalhadores.

É preciso perceber que a ampliação dos direitos do proletariado, seja no âmbito normativo, seja no jurisprudencial, depende da mobilização da classe trabalhadora e sua capacidade de alterar o *status quo*. Atualmente, no Brasil, o movimento obreiro reivindica protagonismo, com uma agenda que busca a manutenção e ampliação dos direitos dos trabalhadores⁴¹⁴. Parece ser este o momento de se buscar, na máxima extensão, o respeito à dignidade de todo o trabalhador, garantindo não apenas melhores salários e maior distribuição de renda, mas também um meio ambiente de trabalho que garanta a preservação da saúde⁴¹⁵.

413 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes. Aviso Prévio Concedido pelo Empregado, Indenização Indevida – um exemplo de aplicação do método jurídico trabalhista. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, pp. 95-96.

414 RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, pp. 464-465.

415 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** p. 66.

2. O DIREITO CAPITALISTA DO TRABALHO NO BRASIL

Ao contrário do mito constantemente repetido e propagado pelo empresariado e pela imprensa, também defendido por alguns Doutrinadores, o Direito do Trabalho não foi concebido para proteger a parte mais fraca da relação laboral, ou seja, o trabalhador.

Este ramo do Direito representa, em verdade, uma solução capitalista, servindo como meio legítimo de justificação da desigual distribuição de renda, para manutenção dos interesses das classes empresariais⁴¹⁶.

Wilson Ramos Filho, em aprofundado estudo sobre a História do Direito Capitalista do Trabalho, destaca⁴¹⁷:

“A funcionalidade do Direito Capitalista do Trabalho na sociedade brasileira desde aquela época já não era ‘proteger o lado mais fraco da relação salarial’, outro de seus mitos fundantes, mas servir ao projeto de juridificação do conflito entre o trabalho assalariado e o capital com sua canalização ou institucionalização pelo Estado, como uma solução defensiva do empresariado para, mediante a promulgação de normas prevendo direito aos trabalhadores, atender à necessidade de integrar no Estado os inevitáveis conflitos entre as classes sociais fundamentais, organizando a distribuição de poder e do acesso a bens entre elas, de forma assimétrica”.

É preciso perceber que o Direito laboral milita a favor do capitalismo. É o ramo do Direito que serve como meio legítimo para justificar a desigual distribuição de renda no interesse das classes empresariais⁴¹⁸.

O Direito Capitalista do Trabalho exerce dupla função: ele protege, mas ao mesmo tempo organiza a exploração da mão de obra.

416 MENDONÇA, Ana Paula Nunes. O Direito Capitalista do Trabalho Brasileiro na Contemporaneidade. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 34.

417 RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, p. 430.

418 MENDONÇA, Ana Paula Nunes. **Op. Cit.** p. 34.

Por estes motivos, ele aceita e admite a imposição de trabalho perigoso e degradante, exigindo apenas uma contrapartida financeira ao proletariado. Assegura-se aos empregadores, portanto, o direito de exigir trabalho insalubre e perigoso, desde que paguem corretamente os adicionais legais. O Direito Capitalista do Trabalho não só permite a existência de trabalho degradante, como o legaliza⁴¹⁹. O Direito laboral, portanto, autoriza o mero pagamento de adicionais para compensar financeiramente os riscos à saúde do trabalhador, aprova uma gratificação econômica para que o obreiro se submeta a riscos e a um maior sacrifício na entrega da prestação laboral em condições perigosas e insalubres⁴²⁰.

Este fenômeno de monetização da saúde obreira, por conseguinte, atende por completo a lógica capitalista, pois o pagamento desses adicionais é menos custoso que a tomada de medidas capazes de encontrar o equilíbrio ambiental trabalhista e afastar condições insalubres e perigosas de trabalho, conseguindo mascarar a realidade de maneira tal, que os empregados muitas vezes nem questionam o mal a que são expostos⁴²¹. Como bem apontam Jorge Luiz Souto Maior e Ranúlio Mendes Moreira⁴²², “a questão é que o capitalismo impõe modos de vida padronizados que impedem o homem de conhecer a si mesmo”.

3. DIGNIDADE HUMANA E A SAÚDE DO TRABALHADOR

O princípio da dignidade humana encontra suporte na Constituição Federal que prevê, no art. 1º, dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O art. 170 da Carta Magna, outrossim, quando trata da ordem econômica, assegura a livre iniciativa, fundada na valorização do trabalho humano e na defesa do meio ambiente, que inclui, por óbvio, o meio ambiente do trabalho. Ou seja, por mais que a sociedade esteja sujeita à

419 RAMOS FILHO, Wilson. **Op. Cit.** p.400.

420 RAMOS FILHO, Wilson. **Delinquência Patronal, Repressão e Reparação**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090116-01.pdf>. Acesso em: 22/03/2014, p.21.

421 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** pp. 60-61.

422 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes. **Op. Cit.** p.82.

lógica capitalista, a ordem econômica tem limites, devendo observar os valores do trabalho humano e o respeito ao meio ambiente⁴²³.

A relação de trabalho é, inegavelmente, uma relação de poder. O empregador, então, exerce seu poder diretivo e econômico sobre seus empregados. Ainda assim, é preciso que nessa relação seja observada e respeitada a dignidade da pessoa humana, a dignidade do trabalhador, de forma integral, tanto no aspecto moral, psíquico, quanto no físico⁴²⁴. O empregado, antes de ser empregado, é ser humano e como tal, deve ser tratado dignamente.

É no trabalho, ademais, que o indivíduo passa a maior parte de sua vida útil, no período de plenitude de suas condições físicas e mentais. Por isso, o trabalho, costumeiramente, determina o estilo de vida do cidadão, interfere em seu humor, em sua personalidade e, por consequência, na sua família⁴²⁵.

O trabalho não deve ser apenas o meio de sobrevivência do cidadão. Deve ser, também, o local em que ele efetivamente vive e exerce seus direitos na plenitude, onde o trabalhador possa adquirir os subsídios de sua existência, mas sem que tenha que pagar com sua própria saúde e integridade física para isso⁴²⁶. É sabido que boa parte da parcela operária gasta horas diárias para chegar e voltar ao trabalho, acrescido, ainda, do período de efetivo labor. Sobra pouco tempo ao final de cada dia. Se não é no trabalho que o cidadão poderá exercer seus direitos fundamentais, qual seria o tempo restante para exercê-los?

Infelizmente a classe empresarial, reiteradamente, considera o trabalhador mais peça de uma máquina do que ser humano, que tem dores, sentimentos e fadiga⁴²⁷. A preocupação com a saúde dos empregados é muitas vezes meramente

423 MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do Trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2008, p.52.

424 GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e de honra**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2006, pp. 106 e 116.

425 MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. **Princípios de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.29.

426 MORAES, Mônica Maria Luzid de. **O Direito à saúde e Segurança no meio ambiente do trabalho: proteção, fiscalização e efetividade normativa**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2001, p. 33.

427 VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p.125.

protocolar, e inexistente no dia a dia da empresa, fato que demonstra que ainda há muito a avançar na efetiva tutela da dignidade humana dos trabalhadores no país.

Como expressa Ingo Sarlet, deve-se buscar a máxima efetividade do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e isso inclui, é claro, a efetividade dos direitos humanos nas relações laborais⁴²⁸.

Luís Roberto Barroso destaca que efetividade significa o desempenho concreto da função social do Direito. Simboliza a aproximação mais íntima possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social⁴²⁹. É esta efetividade dos direitos humanos que se tem de buscar.

O Poder Judiciário deve ter um importante papel nessa efetivação dos direitos fundamentais e na concretização da dignidade do ser humano, fundando-se no valor da justiça social, que deve vincular a interpretação e a aplicação do direito⁴³⁰.

A ideia de dignidade humana advinda do trabalho encontra-se em crise pelas profundas alterações do mundo do trabalho ocorridas na modernidade⁴³¹. Para superar essa crise, como ressalta Thereza Gosdal, é necessário que o trabalhador seja recolocado no centro do Direito do Trabalho, seja o personagem principal, e não um mero coadjuvante. O ser humano deve ser colocado como o centro e o fim do Direito. Para isso, deve-se atribuir às normas trabalhistas sentido e finalidade direcionados à proteção da pessoa humana⁴³².

428 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, 2004, pp.47-48.

429 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

430 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Papel da Justiça do Trabalho no Brasil. In: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; MENDONÇA, Ricardo Nunes de (Coord.) SILVA, Tomás Nomi (Org.). **Jurisprudência Crítica & Crítica da Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2013, pp.101-102.

431 “Esse ambiente de produção tornou-se um fator de risco à saúde física e mental dos trabalhadores. As novas formas de organização do trabalho e a introdução de novas tecnologias tendem a intensificar ainda mais os fatores de risco no trabalho em todo o mundo. Nesse processo, o recente fenômeno da globalização tem implicado a transferência desses fatores de risco para os países periféricos, através da transferência de unidades produtivas de um país para o outro.” (MACHADO, Sidnei. **Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2001, p. 46).

432 GOSDAL, Thereza Cristina. **Op. Cit.** p. 176.

Tem-se, todavia, de se fazer mais, como cidadão e como operador do Direito. É necessário, também, lutar contra a injustiça social e contra a sua banalização. “Sempre que algo atentar contra a dignidade da pessoa humana, devemos nos indignar, cobrar e lutar. Não obtendo sucesso não podemos achar normal, porque já aconteceu outras vezes, mas ao contrário, devemos nos manifestar de modo mais incisivo, visto que a repetição da injustiça e a aceitação desta, pode fazê-la normal e banal, e, a banalização do mal é o fim de todos os princípios”⁴³³.

3.1. Meio ambiente de trabalho saudável – um direito fundamental

O Meio Ambiente do Trabalho (MAT) não se limita ao espaço interno da fábrica ou da empresa. Ele vai muito além. Alcança a moradia do trabalhador, o próprio ambiente urbano e as condições de vida fora do local de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 traz ampla proteção ao Ambiente de Trabalho. Além dos princípios relacionados à valorização do trabalho e garantidores da dignidade humana, é importante destacar as regras de garantia dos direitos dos trabalhadores (art. 7º), o art. 170 que trata da ordem econômica e financeira, já analisado anteriormente, o direito à saúde (art. 200), mencionado por José Afonso da Silva, além do capítulo dedicado especificamente ao meio ambiente (art. 225)⁴³⁴.

Essa proteção é absolutamente necessária, pois é no trabalho que o cidadão passa boa parte de sua vida e esse ambiente acaba por influenciá-lo em todos os aspectos de sua existência. Se pensarmos em uma jornada média de 8 horas diárias, excluídas as horas de sono, se conclui que é no ambiente laboral que o trabalhador passa o maior tempo de sua existência. Assim, evidente que sua qualidade de vida está intrinsecamente relacionada à qualidade do seu Meio Ambiente de Traba-

433 MOREIRA, Ranúlio Mendes. O Neoliberalismo e a Banalização da Injustiça Social. In: RAMOS FILHO, Wilson; GOSDAL, Thereza Christina; WANDELLI, Leonardo Vieira (Coord.). **Trabalho e Direito – Estudos contra a discriminação e patriarcalismo**. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2013, p.263.

434 MACHADO, Sidnei. **Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2001, p. 85.

lho⁴³⁵, e é óbvio, então, que o MAT apresenta natureza de direito humano fundamental, tendo como sustentáculo, a garantia da dignidade da pessoa humana⁴³⁶. Desprezar a importância do meio ambiente laboral significa ignorar o escopo da proteção ambiental: a vida e a satisfação humana⁴³⁷.

Raimundo Simão de Melo, mais uma vez de maneira precisa, ressalta que “O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda sociedade, que, no final das contas, é que custeia a Previdência Social.”⁴³⁸. Um MAT adequado pressupõe a preocupação e o respeito à integridade física-corporal do trabalhador, que é bem vital do indivíduo, um direito fundamental do homem⁴³⁹.

É impossível e inimaginável alcançar uma efetiva qualidade de vida, sem que haja uma real qualidade no ambiente laboral. Trabalho decente⁴⁴⁰ e vida digna são características indissociáveis da noção de ambiente de trabalho equilibrado e adequado⁴⁴¹. Para o alcance do direito à vida com qualidade, o MAT adequa-

435 FURTADO, Emmanuel Teófilo; DIAS NETO, Pedro Miron de V. A constitucionalização do Direito Ambiental do Trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, v. 77, n. 1, ex. 1, p. 24-34, jan. 2013, p. 24.

436 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio Ambiente do Trabalho no Contexto dos Direitos Humanos Fundamentais e Responsabilidade Civil do Empregador. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 35, n. 136, out-dez/2009, p.54-74, 2009, p.72.

437 SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

438 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 27.

439 VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Op. Cit.** p. 50.

440 “Trabalho decente é aquele que deve ser fator de dignidade e de valorização do ser humano, em todos os aspectos de sua vida seja profissional ou pessoal.” (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Meio Ambiente do Trabalho Saudável e Equilibrado: Proteção à Saúde do Trabalhador. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Paraná**. Curitiba, v 2, n.23, outubro/2013, p. 42-66, 2013, p.64 Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=23>>. Acesso em: 22/03/2014.)

441 COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs; ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Proteção Jurídica do Trabalhador: (Re) Significando paradigmas sob a perspectiva constitucional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coord.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. v. 1. São Paulo: LTr, 2013, p. 140.

do é indispensável, caracterizando-se, desse modo, como direito fundamental do trabalhador⁴⁴².

Nos dizeres de Aline Moreira da Costa, Leandro Krebs Gonçalves e Victor Hugo de Almeida⁴⁴³:

“Objetiva-se, na aplicação desses preceitos tutelares, alcançar o que se denomina trabalho emancipador, isto é, aquele que afirma e expande a personalidade do homem, estimulando seu desenvolvimento saudável, dentro e fora do local de labor. Afinal, além de meio essencial de subsistência, o trabalho também serve para conquista da dignidade, acrescentando algum significado na existência de cada indivíduo”.

O cidadão trabalhador não pode ficar satisfeito com o simples direito de viver. Ele tem e deve exigir o direito fundamental de viver com qualidade e dignidade, em um meio ambiente laboral que lhe permita o gozo concreto desta prerrogativa⁴⁴⁴.

Com base em toda essa análise, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro o MAT adequado e saudável é um direito fundamental do trabalhador, possuindo ampla proteção constitucional. Essa proteção, todavia, precisa sair do papel para a prática diária. Precisa ser efetiva, concreta, verdadeira. Isso somente será possível com a reformulação de posicionamentos retrógrados, que aceitam e admitem a monetização da saúde do obreiro, prestigiando as formas indenizatórias, sem qualquer questionamento ou proposição modificativa, bastando o simples pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade ao trabalhador diariamente exposto a riscos⁴⁴⁵.

442 MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. **Princípios de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.28.

443 COSTA, Aline Moreira da, GONÇALVES, Leandro Krebs, ALMEIDA, Victor Hugo de. **Op. Cit.** p.140.

444 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** p. 68.

445 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 32.

3.2. A proteção à saúde do trabalhador no direito internacional – Convenções da OIT

Diversas são as Convenções da OIT que buscam oferecer proteção à saúde do trabalhador. Dentre as ratificadas pelo Brasil, merecem destaque a n. 136 (Convenção sobre proteção contra os riscos de intoxicação provocados pelo benzeno), n. 139 (Convenção sobre a prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias ou agentes cancerígenos), n. 148 (Convenção sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho), n. 155 (Convenção sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho), n. 161 (Convenção sobre os serviços de saúde no trabalho) e, finalmente, a n. 162 (Convenção sobre a utilização do asbesto com segurança).

Destas, as Convenções 148 e 155 serão melhor analisadas. Antes disso, é importante elucidar a eficácia das Convenções da OIT no ordenamento jurídico pátrio.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como a Emenda da reforma do Judiciário, incluiu na Constituição Federal o § 3º em seu artigo 5º, prevendo que “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Graças a essa Emenda, o STF, em 2008, alterou sua jurisprudência e passou a atribuir status normativo diferenciado aos Tratados e Convenções ratificados pelo Brasil relacionados a direitos humanos, antes da vigência de aludida Emenda Constitucional. O Supremo passou a atribuir o status de norma supralegal às convenções ratificadas antes de 2005⁴⁴⁶. Isso quer dizer que elas se sobrepõem à legislação ordinária ou complementar, mas se submetem à CF. Já as Convenções ratificadas a partir de 1/1/2005, nos termos do § 3º do art. 5º da CF, equivalem à emenda constitucional.

As Convenções que mais interessam ao presente estudo (148 e 155) foram ratificadas antes de 2005. Com base no estudo até aqui feito, não há dúvidas de que por tratarem da segurança, saúde e meio ambiente do trabalho, devem ser

446 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 72.

enquadradas como Convenções de direitos humanos, possuindo, portanto, *status supralegal*. Logo, têm importância e força normativa superiores às leis ordinárias e complementares. Este também é o entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira⁴⁴⁷. Incontestável, assim, a relevante eficácia que as Convenções devem ter no ordenamento jurídico pátrio.

A Convenção n. 148, promulgada em 15/10/86, por meio do Decreto 93.413/1986, trata da proteção à saúde do trabalhador contra a contaminação do ar, de ruídos e vibrações. Está, dessa maneira, intrinsecamente relacionada ao meio ambiente laboral.

Um de seus principais aspectos é o de conferir aos trabalhadores ou seus representantes, a possibilidade de apresentar propostas que busquem assegurar a proteção contra riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ruído e vibrações no local de trabalho.

Merece destaque, também, o art. 9, que determina, na medida do possível, a eliminação de todo risco devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. Sebastião Geraldo de Oliveira esclarece que a norma, ao estabelecer “na medida do possível”, refere-se à possibilidade técnica, dentro da razoabilidade. Apenas se for impossível tecnicamente eliminar o risco, é que se admitirá o trabalho exposto, desde que fornecidos equipamentos de proteção individual apropriados⁴⁴⁸. A Convenção, frise-se, propõe a **eliminação** do risco e não sua mera atenuação ou neutralização⁴⁴⁹.

Outro artigo que merece ser ressaltado é o art. 13, “a” o qual estabelece que todas as pessoas interessadas deverão ser suficiente e adequadamente informadas sobre os riscos profissionais existentes no meio ambiente do trabalho devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações. É o direito à informação aos riscos que o obreiro é exposto.

A Convenção n. 155, que aborda temas relativos à saúde e segurança dos trabalhadores, promulgada pelo Decreto n. 1.254 de 29/9/1994, foi a primeira Convenção da OIT a mencionar o meio ambiente de trabalho junto com a saúde e

447 Id. *Ibid.* p. 74.

448 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. Cit.* p. 79.

449 MACHADO, Sidnei. *Op. Cit.* p. 93.

segurança dos trabalhadores, ampliando os conceitos de segurança e higiene, de modo a contemplar o meio ambiente de trabalho⁴⁵⁰.

O art. 3 “a” é de grande importância, estabelecendo que “o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho.” A OIT instaura um conceito de saúde relacionado ao trabalho mais abrangente, que não se limita ao “não estar doente”.

Especial destaque deve ser dado ao art. 4, que impõe a formulação e efetivação de uma política nacional em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, com reexame periódico. Essa política nacional deve ser coerente e efetivamente colocada em prática, além de ser reexaminada periodicamente.

Relevante, também, o art. 13 da Convenção, que autoriza o trabalhador a interromper uma situação de trabalho se considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou saúde. Ou seja, se o obreiro entender que está exposto a perigo que pode colocar sua saúde e até mesmo sua vida em risco, pode cessar a atividade, sem que haja qualquer punição pelo empregador. Parece ser este dispositivo o sustentáculo legal para eventual greve ambiental⁴⁵¹, cuja finalidade seria exigir a implementação de condições de trabalho adequadas e seguras, para evitar acidentes e doenças do trabalho⁴⁵².

4. A MONETIZAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR – UMA DURA REALIDADE

Como já visto no início do trabalho, o Direito Capitalista do Trabalho tem dupla função, na medida em que protege os trabalhadores, mas organiza a exploração da classe operária⁴⁵³.

450 MACHADO, Sidnei. **Op. Cit.** pp. 93-94.

451 “(...) paralisação coletiva ou individual, temporária, parcial ou total da prestação de trabalho a um tomador de serviços, qualquer que seja a relação de trabalho, com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente do trabalho de quaisquer agressões que possam prejudicar a segurança, saúde e a integridade física e psíquica dos trabalhadores.” (MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 90).

452 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 90.

453 RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil.** São Paulo: LTr, 2012, p. 95.

Mas não é só. Esse ramo do Direito legaliza o trabalho degradante, exigindo, apenas, uma remuneração mais elevada ao trabalho degradante em si, de modo a compensar, no plano econômico, a maior quota de sacrifício ou de risco a que está exposto aquele que vende sua força de trabalho.

Em detrimento da saúde dos trabalhadores, contemplaram-se os interesses do capital. A justificativa técnica histórica para tal era o entendimento de que com o recebimento de adicionais, o empregado teria um aumento salarial, o qual permitiria uma melhor alimentação e, conseqüentemente, maior defesa do organismo ao maléfico trabalho insalubre e perigoso⁴⁵⁴.

As agressões à saúde do trabalhador, portanto, ficam reduzidas a uma simples expressão monetária. Essa opção de monetizar a saúde do proletariado pela exposição a riscos desvia a preocupação com o cerne do problema: a saúde do trabalhador⁴⁵⁵.

A legislação, infelizmente, não traz uma efetiva preocupação com a redução dos fatores de risco. As normas que garantem o pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade se encontram afastadas dos princípios e regras que materializam o direito à redução dos riscos no trabalho e de preservação da saúde e da vida do trabalhador. Ao se aceitar o mero pagamento dos adicionais quando o obreiro é exposto a condições de risco e perigo, o sistema jurídico não se mostra preocupado com a garantia e consecução de um meio ambiente de trabalho seguro e salubre, de modo a proporcionar bem-estar ao trabalhador, resultando em qualidade de vida no trabalho e, conseqüentemente, na vida social⁴⁵⁶. Até porque é impossível separar o cidadão-trabalhador do cidadão-social⁴⁵⁷.

A classe obreira, no entanto, pouco combate essa lógica de monetização do risco, aceitando pacificamente a venda da saúde e da higidez física dos trabalhadores. Um dos principais motivos para tanto é a falta de informação e conhecimento.

454 MACHADO, Sidnei. **Op. Cit.** p. 103.

455 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Op Cit.** p. 130.

456 MACHADO, Sidnei. **Op. Cit.** p. 98.

457 “Aliás, cada vez mais se observa que não é possível isolar o homem-trabalhador do homem-social, como se o trabalhador pudesse deixar no portão de entrada da empresa toda a sua história pessoal, ou se na saída retirasse do corpo físico e mental toda a carga de significado imposta pelo dia de trabalho. Atualmente, o homem não busca apenas a saúde no sentido estrito, anseia por qualidade de vida; como profissional não deseja só condições higiênicas para desempenhar sua atividade, pretende qualidade de vida no trabalho.” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Op. Cit.** p. 80).

Conforme análise realizada no capítulo anterior, as Convenções n. 148 e n. 155 da OIT estabelecem o direito à informação aos riscos que os obreiros estão expostos. A Política Nacional de Meio Ambiente (lei 6.938/1981), ademais, estatui que o direito à informação é um dos principais instrumentos a serem aplicados no meio ambiente de trabalho, uma vez que os empregados têm o direito de conhecer a quais agentes estão expostos e quais as consequências que esta exposição pode trazer à saúde⁴⁵⁸. Na prática, como se sabe, este direito é cotidianamente desrespeitado.

Apesar de existir um avançado sistema jurídico de proteção ao meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador, falta, ainda, atingir um nível suficiente de conscientização que seja capaz de prevenir e até mesmo eliminar os riscos ambientais do trabalho e à saúde do proletariado. Os empresários, o Estado e os próprios trabalhadores não elegeram, até o presente momento, como prioridade, a proteção efetiva da saúde e da vida dos obreiros⁴⁵⁹. A informação efetiva quanto aos riscos do ambiente laboral é um passo extremamente importante para esse processo de conscientização.

A conscientização da classe operária resultaria na compreensão dos trabalhadores de que o recebimento de adicionais não é uma vantagem, muito pelo contrário. “Existe, na mentalidade de muitos, uma distorção valorativa do direito à percepção do adicional pelo trabalhador, que deixa de reivindicar melhores condições e se recusa a laborar em outro ambiente salubre, diante da perda dos supostos benefícios decorrentes do aumento salarial e da aposentadoria precoce”⁴⁶⁰.

Adelson Silva dos Santos⁴⁶¹, citando Liliana Allodi Rossit, assevera que “a monetização do risco é perversa porque além de contrariar o objetivo de higidez do meio ambiente de trabalho estimula o ignorante trabalhador a preferir o trabalho nocivo por causa de uma remuneração maior.”.

A informação e a educação ambiental teriam como consequência uma maior participação da classe operária na proteção da saúde e na busca da melhora do

458 ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59..

459 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** pp. 459-460.

460 COSTA, Aline Moreira da, GONÇALVES; Leandro Krebs; ALMEIDA, Victor Hugo de. **Op. Cit.** p. 131.

461 SANTOS, Adelson Silva dos. **Op. Cit.** p. 154.

meio ambiente laboral, pois a formação estimula e amplia a consciência dos valores ambientais⁴⁶².

Sidnei Machado, citando Elizabeth Costa Dias, destaca a importância da atuação do trabalhador enquanto sujeito para concretização de princípios da saúde obreira, como crítico do processo e da organização do trabalho, luta pelo direito à informação e recusa ao trabalho nocivo à saúde e integridade física⁴⁶³.

Nesse aspecto, faz-se relevante a participação sindical, ainda muito tímida para defender melhores condições ambientais de trabalho. A negociação coletiva é, sem sombra de dúvidas, um dos mais importantes, eficazes e ágeis instrumentos de proteção do meio ambiente de trabalho. Por meio da negociação coletiva os sindicatos devem transacionar com a classe empresarial melhores condições de trabalho, com a eficaz observância da legislação atinente à proteção da higidez física e mental dos trabalhadores⁴⁶⁴.

Outra faceta da prevalência e aceitação da lógica da monetização se apresenta a partir do momento em que se prioriza a reparação em detrimento da prevenção, como a própria legislação admite.

Sebastião Geraldo de Oliveira ressalta a importância de mudança de pensamento, uma vez que a grande maioria das empresas não incorpora o compromisso de promover a melhoria do MAT⁴⁶⁵:

“O progresso da tutela do trabalho não foi acompanhado da proteção necessária da pessoa do trabalhador. Não basta assegurar direitos reparatórios aos lesados (visão da infelizmente); é imperioso, também, exigir que o empregador ou tomador dos serviços adote todos os recursos e tecnologias disponíveis para evitar as lesões (visão prevencionista). Na escala dos valores, acima dos direitos decorrentes do trabalho, deve figurar as garantias possíveis da preservação da vida e da integridade física e mental do trabalhador.

(...).

462 MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. **Op. Cit.** p.118.

463 MACHADO, Sidnei. **Op. Cit.** p. 48.

464 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 85.

465 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Op. Cit.** p. 112.

Esse descompasso normativo reflete também no comportamento das empresas. Muitas delas, diante das ocorrências envolvendo acidentes do trabalho, apenas reagem aos acontecimentos, na antiga postura de ‘apagar o fogo’. Outras observam as normas de segurança e saúde unicamente para cumprir a legislação, mas sem incorporar o espírito atual no sentido de promover a melhoria do meio ambiente de trabalho. São poucas as organizações que agem considerando as questões de segurança e saúde no trabalho como parte importante do negócio, adotando medidas preventivas como prioridade absoluta e com acompanhamento exemplar da alta direção.”

O baixo custo dos adicionais também é um fator de desestímulo para melhora do ambiente de trabalho. Eles foram estabelecidos para, além de “pagar” pela saúde do trabalhador, desestimular atividades em condições de risco ou insalubres, eis que mais custosas para o empresário.

Na prática, porém, o pagamento destes adicionais parece não desestimular a violação ao direito de trabalhar em um meio ambiente laboral digno e adequado⁴⁶⁶, e não é difícil entender o porque. Além da ínfima base de cálculo dos adicionais (salário mínimo para insalubridade e salário base para periculosidade, nos termos dos arts. 192 e 193, § 1º da CLT), a representar um verdadeiro estímulo à perpetuação de um meio ambiente de trabalho em patamares degradantes, há, ainda, a prática da diluição contábil do salário, expediente pelo qual a empresa paga salários muito baixos àqueles que são expostos à insalubridade e periculosidade, com o conseqüente pagamento de baixos adicionais⁴⁶⁷.

Ou seja, mesmo com o pagamento de adicionais, a classe empresarial encontrou uma forma de sofrer um pequeno impacto econômico. Se paga muito pouco àqueles submetidos aos trabalhos perigosos e insalubres e, assim, o adicional tem uma repercussão pequena na folha de pagamento da empresa. Isso quando o sindicato dos trabalhadores não se alia à classe patronal e aceita, por meio de negociação coletiva, adicionais em patamares inferiores ao estabelecido da legislação o que, indene de dúvidas, é completamente descabido e ilegal. O reconhecimento das convenções e acordos coletivos, previsto no art. 7º, XXVI, da CF, não é ilimitado. Deve se subordinar à legislação, observando as normas de ordem pública.

466 SANTOS, Adelson Silva dos. *Op. Cit.* p. 154.

467 CESÁRIO, João Humberto. *Op. Cit.* p. 74.

A monetização da saúde obreira, ademais, traz relevantes impactos nos cofres da União e no sistema de Previdência Social. O site do Ministério da Previdência Social apresenta dados assustadores⁴⁶⁸. Apenas em 2011 foram registrados 711.164 acidentes e doenças do trabalho, isso, claro, considerando apenas os trabalhadores assegurados pela Previdência, ou seja, não inclui os autônomos e as empregadas domésticas. Não contabiliza, por óbvio, os milhares de trabalhadores acidentados que não acionam o INSS.

A Previdência Social constatou que em 2011, contabilizando apenas o pagamento dos benefícios pelo INSS por acidentes e doenças do trabalho, somados ao pagamento das aposentadorias especiais decorrentes das condições ambientais do trabalho, chega-se ao gasto total de R\$ 15,9 bilhões no ano, somente no pagamento de benefícios. O Ministério vai além. Acrescidas as despesas com custo operacional do INSS, despesas na área da saúde e afins, o custo global atinge o absurdo valor de R\$ 63,60 bilhões ao ano.

E por que números tão alarmantes? Porque o sistema jurídico brasileiro optou por monetizar a saúde e a vida do trabalhador, admitindo a imposição de trabalho degradante, desde que haja o pagamento dos adicionais legais.

Raimundo Simão de Melo destaca que os custos totais para o Estado brasileiro com acidente de trabalho e doenças do trabalho, equivale a cerca de 5% do PIB, além dos altos custos sociais e humanos relacionados⁴⁶⁹. Todos perdem com acidentes e doenças do trabalho: o empregado acidentado, sua família, a empresa, o governo e, por consequência, toda a sociedade⁴⁷⁰.

A produção de riqueza e a busca pelo lucro não precisa e não pode se dar por meio da lesão à saúde e segurança do trabalhador, visto que a dignidade e o respeito ao obreiro deve sempre prevalecer sobre o lucro. “Desenvolver sem obedecer essa ordem das coisas é iludir-se, porque a longo prazo o custo social do trabalho

468 Informações extraídas do site < <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-ocupacional/> >. Acesso em: 24/07/2014.

469 MELO, Raimundo Simão de. Meio Ambiente do Trabalho e Atividades de Risco: Prevenção e Responsabilidade. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. Curitiba, v 2, n.23, outubro/2013, p. 131-152, 2013, p. 137. Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=23>>. Acesso em: 22/03/2014.

470 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 29.

inseguro onera a própria sociedade e inviabiliza as empresas pelo aumento da carga tributária.⁴⁷¹

O mau empresário, despreocupado com a higidez física e mental dos empregados, além de causar um enorme prejuízo a toda coletividade, pois acidentes e doenças de trabalho tem uma imensa repercussão na sociedade, em uma só tacada privatiza os lucros e socializa as perdas⁴⁷².

A monetização da saúde do trabalhador, portanto, é, infelizmente, uma realidade no dia a dia laboral. Não se pode admitir, entretanto, em pleno século XXI, a imposição de trabalho degradante para milhões de brasileiros, que se sujeitam a risco de morte, como no trabalho perigoso, e veem sua saúde ir se esvaindo, dia após dia de trabalho em ambientes insalubres.

É preciso ir além e questionar a lógica hoje existente, de aceitar a imposição de trabalho perigoso e insalubre desde que haja a simples paga por isto.

A classe operária não deve aceitar impassível esta lógica de precarização, pois a monetização da saúde do operário, admitida e até mesmo estimulada pelo sistema jurídico, não se mostra capaz de garantir ao cidadão-trabalhador o direito a uma vida sadia⁴⁷³. A Carta Magna proclama a valorização do trabalho como condição de garantia da dignidade humana. É certo, neste sentido, que a estrutura do labor deve ser adaptada ao ser humano, e não o inverso⁴⁷⁴.

Como ressaltado, o fenômeno da monetização da saúde obreira atende por completo a lógica capitalista, uma vez que o pagamento dos adicionais legais, ao menos em curto prazo, é menos custoso que a tomada de medidas efetivas para encontrar o equilíbrio ambiental e afastar as condições insalubres e perigosas de trabalho⁴⁷⁵.

Essencial perceber que o capitalismo “descomplexado” mata aos poucos, pois retira a dignidade e a autoestima do cidadão. O mercado neoliberal procura sugar toda a força do trabalhador, fazendo-o se sentir um derrotado e não reagir, mantendo-o passivo à lógica de exploração a que é imposto, como se fora algo

471 SANTOS, Adelson Silva dos. **Op. Cit.** p. 139.

472 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** p. 79.

473 Id. *Ibid*, p. 68.

474 COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs; ALMEIDA, Victor Hugo de. **Op. Cit.** p. 125.

475 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** p. 60.

normal e aceitável⁴⁷⁶. É contra essa política de submissão que a classe trabalhadora deve se insurgir.

O pagamento de adicionais, menos custoso e trabalhoso que a tomada de medidas de promoção do equilíbrio do meio ambiente de trabalho, mascara tão bem a realidade, que os trabalhadores não questionam os maus a que estão expostos⁴⁷⁷.

A redução e eliminação dos riscos ambientais no trabalho deve ser a preocupação central, o ponto de partida e de chegada de qualquer programa de prevenção de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais que pretenda ser sério e eficaz⁴⁷⁸.

Não há justificativa para aceitar a precarização do trabalho. Seja em nome da maior competitividade, produção mais eficiente, majoração dos lucros, ou o que for. Nada é motivo para que as condições dignas de trabalho sejam desrespeitadas⁴⁷⁹. “A dignidade não pode ser utilizada como objeto de troca, não pode ser vendida, nem ser objeto de renúncia.”⁴⁸⁰

Mas não basta a mobilização dos trabalhadores. É necessário o amadurecimento dos Tribunais para superar os conceitos e teorias que conservadoramente aceitam a imposição da lógica capitalista em detrimento da saúde e segurança no trabalho. Esse amadurecimento pressupõe a sensibilização histórica, social e científica das Cortes⁴⁸¹.

É necessário resgatar a capacidade de indignação de toda a sociedade, inclusive dos Magistrados. Os Juízes, muitas vezes, não se espantam mais com o fato de determinada empresa ter milhares de reclamações trabalhistas discutindo a mesma matéria, não se indignam diante do reiterado descumprimento das mais

476 MOREIRA, Ranúlio Mendes. O Neoliberalismo e a Banalização da Injustiça Social. IN: RAMOS FILHO, Wilson; GOSDAL, Thereza Christina; WANDELLI, Leonardo Vieira (Coord.). **Trabalho e Direito – Estudos contra a discriminação e patriarcalismo**. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2013, pp. 254 e 260.

477 CESÁRIO, João Humberto. **Op. Cit.** pp. 60-61.

478 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 126.

479 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Trabalho decente**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 136.

480 GOSDAL, Thereza Cristina. **Op. Cit.** p. 113.

481 FELICIANO, Guilherme Guimarães. O Meio Ambiente do Trabalho e a Responsabilidade Civil Patronal: Reconhecendo a Danosidade Sistêmica. IN: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coord.). **Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral**. v. 1. São Paulo: LTr, 2013, p. 24.

comezinhas regras de direito do trabalho. Estão anestesiados pelo volume de serviço, pelo atingimento das metas impostas pelo CNJ, pelas demandas cada vez mais complexas⁴⁸².

Essa apatia, a perda da capacidade de se indignar, se mostra extremamente perigosa, pois pode significar a renúncia ao verdadeiro papel do Judiciário: transformar a realidade social, tornando-a mais inclusiva e menos cruel⁴⁸³. Todos devem reagir.

5. OS ADICIONAIS PREVISTOS EM NOSSO ORDENAMENTO

O art. 7º, XXIII, da CF, estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

A CLT, todavia, trata apenas dos adicionais de insalubridade e periculosidade (art. 189 e seguintes da CLT). O adicional de penosidade depende, ainda, mais de 25 após da promulgação da Constituição Federal, de lei regulamentadora.

Nos termos dos arts. 189 e 190 da CLT são consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e tempo de exposição aos seus efeitos, conforme quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelecerá quais os agentes considerados insalubres, limites de tolerância, meios de proteção e tempo máximo de exposição.

Trabalho insalubre é aquele não saudável, pois está relacionado a diversas enfermidades, seja como fator desencadeador, seja como acelerador de possíveis mazelas.

Quando há exposição dos trabalhadores a agentes insalubres (divididos pelo MTE em físicos, químicos e biológicos), deve o empregador pagar um adicional de 10% (grau mínimo), 20% (grau médio) ou 40% (grau máximo), calculado sobre o

482 SEVERO. Valdete Souto. O Dano Social ao Direito do Trabalho. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; MENDONÇA, Ricardo Nunes de (Coord.) SILVA, Tomás Nomi (Org.). *Jurisprudência Crítica & Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2013, p. 186.

483 Idem.

salário mínimo⁴⁸⁴. É evidente que um valor tão reduzido é um convite à classe empresarial para continuar exigindo trabalho nestas condições, em prejuízo à saúde do trabalhador, ao invés de proceder à melhora e adequação do meio ambiente laboral⁴⁸⁵. No mais, no entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência, ainda que o empregado esteja exposto a mais de um agente insalubre, como, por exemplo, um agente físico (ruído) e um químico (amianto), somente um adicional será devido.

Verifica-se, outrossim, uma excessiva valorização dos equipamentos de proteção individual (EPI) como medida de proteção à saúde do obreiro. Este raciocínio é um grande equívoco uma vez que o uso de EPI não corrige as deficiências do meio ambiente laboral, nem neutraliza por completo a ação dos agentes insalubres no organismo do trabalhador⁴⁸⁶. Apenas mascara os danos à saúde da classe operária.

Como apontado acima, o adicional somente é devido se o agente constar do quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Tal entendimento é va-

484 A questão, em verdade, é polêmica. Nos termos do art. 192 da CLT, o adicional deve ser calculado sobre o salário mínimo. A CF, todavia, no art. 6º, IV, proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. O TST havia editado a Súmula 17 estabelecendo que o adicional deveria ser calculado sobre o salário profissional, para as categorias que o possuíssem. Ante a proibição prevista na Carta Constitucional, o STF, em 2008, editou a Súmula Vinculante n. 4, estabelecendo: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” Após a confirmação, pelo STF, daquilo que a CF já estabelecia de forma expressa, o TST alterou a redação da Súmula 228 (que antes determinava o cálculo do adicional sobre o salário mínimo), dispondo que o adicional de insalubridade, em observância à Súmula Vinculante n. 4, deveria ser calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. Na mesma sessão em que alterou o Enunciado 228, o TST cancelou a Súmula 17, uma vez que a nova redação da Súmula 228 já abarcava o estabelecido no Enunciado 17. A Confederação Nacional da Indústria, descontente com a nova redação da Súmula, apresentou Reclamação ao STF (Rcl 6266), com pedido liminar de suspensão da eficácia de aludida Súmula. O então presidente da Corte Constitucional, Ministro Gilmar Mendes, concedeu a liminar pleiteada, argumentando que o Enunciado 228 do TST permitiu a substituição do salário mínimo pelo salário básico sem qualquer base normativa, o que não se poderia admitir, conforme havia decidido a Corte no RE 565.714/SP, precedente representativo para edição da Súmula Vinculante 4. Foi determinada, então, a suspensão da aplicação da Súmula 228, na parte em que permite a utilização do salário básico para cálculo do adicional de insalubridade. Passados mais de 6 anos, a Reclamação ainda não foi julgada. Assim, a jurisprudência majoritária tem determinado o cálculo do adicional de insalubridade tomando como base o salário mínimo.

485 SANTOS, Adelson Silva dos. *Op. Cit.* p. 142.

486 ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Op. Cit.* p. 42.

lidade pelo TST por meio da Súmula 448, I, que estabelece: “Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.” Isso quer dizer que ainda que se constate que determinado agente causa danos à saúde, não estando relacionado pelo MTE, não é devido o adicional.

Não há como concordar com este entendimento. Ora, como admitir que um agente sabidamente nocivo à higidez física do trabalhador não dê direito ao pagamento do respectivo adicional, tão somente porque não elencado pelo MTE? Ademais, nos termos do art. 5º, V, da CF, a todo agravo/dano é assegurado o direito a indenização por dano material, moral ou à imagem. E, como se sabe, a CF é a Lei Maior, superior a todas as normas do ordenamento. Caracterizada a atividade como insalubre, não pode o art. 190 da CLT ser obstáculo para o deferimento do direito ao adicional respectivo. Não deve ter o trabalhador seu direito ceifado porque um órgão do Poder Executivo não cumpriu sua atribuição⁴⁸⁷.

Atividades perigosas, por sua vez, são aquelas que por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador (art. 193, *caput*, da CLT). Este perigo pode se dar pelo trabalho com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica (inciso I), exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial (inciso II), atividade com radiação ionizante ou substância radioativa (art. 200, VI, da CLT e Portaria n. 3.393/1997) e atividades de trabalhador em motocicleta, nos termos do § 4º do art. 193, recentemente incluído por meio da lei 12.997/2014.

O adicional de periculosidade é devido àquele trabalhador que desenvolve atividade exposto a risco que pode ceifar sua vida a qualquer momento, de maneira abrupta e imediata. Ele é de 30% sobre o salário contratual⁴⁸⁸ (art. 193, § 1º, da

487 MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do Trabalhador**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2008, p.150.

488 Aqui cabe destacar outra faceta da monetização da vida dos trabalhadores. Como o adicional de periculosidade é calculado sobre o salário contratual, o “valor” da vida do obreiro depende do seu salário. Aqueles que ganham um salário mais elevado, portanto, terão uma contraprestação mais alta pelo risco de perder a vida. A vida daquele que ganha um maior salário, então, valerá mais do que a vida daquele que tem um salário mais baixo, por mais que estejam expostos ao mesmo perigo, na mesma empresa, ao mesmo tempo. Quanto mais alto o salário, maior valor tem a vida do trabalhador. A monetização, além de tudo, traz esse tipo de situação paradoxal.

CLT), com exceção dos eletricitários, para quem o adicional será calculado sobre o conjunto de parcelas de natureza salarial (OJ 279 da SDI-1 do TST).

Em suma, o trabalho perigoso é o que potencialmente traz o risco de causar dano à integridade física do trabalhador, levando-o a morte. O adicional é devido pela mera possibilidade do indesejável evento danoso⁴⁸⁹.

Há, ainda, o adicional de penosidade. O art. 7º, XXIII, da CF, prevê o pagamento de adicional para as atividades penosas, na forma da lei. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada. Não há, todavia, lei trabalhista conceituando e regulamentando o trabalho penoso e o respectivo adicional.

Já tramitaram e ainda tramitam no Congresso Nacional, diversos projetos de lei regulamentando o trabalho penoso, desde 1988. Nenhum deles, porém, vingou até hoje. O motivo não é difícil imaginar. A classe empresarial, por óbvio, não tem interesse algum em ver regulamentado mais um adicional para onerar sua folha de pagamento e, conseqüentemente, reduzir seus lucros em um primeiro momento. Como se sabe, dentre as doadoras de campanhas eleitorais sempre estão grandes empresas que, após ajudarem a eleger “seus” candidatos, utilizam do *lobby* para defender seus interesses. Não há, assim, interesse legislativo em regular a previsão constitucional que estabelece o pagamento de adicional para trabalhos penosos.

Alguns estados, por outro lado, regulamentaram o pagamento do adicional em questão por meio de Decretos, como Minas Gerais (Decreto 39.032/1997) e Santa Catarina (Decreto 4.307/1994)⁴⁹⁰.

O trabalho penoso sujeita o trabalhador ao esgotamento físico e psíquico, aumentando as chances de acidente de trabalho ou doença do trabalho. Isto posto, é preciso compreender que a melhor saída não é a instituição de adicionais para indenizar o desgaste acelerado. O melhor caminho é reduzir a jornada ou incluir mais intervalos durante o dia de labor, aumentando o tempo para recuperação do obreiro⁴⁹¹. É uma solução oposta à lógica da monetização do risco, prevalente na realidade brasileira. Até porque o mero pagamento do adicional é cômodo para o empregador, que deixa de agir para tentar eliminar ou diminuir o agente agressi-

489 SANTOS, Adelson Silva dos. **Op. Cit.** p. 147.

490 MELO, Raimundo Simão de. **Op. Cit.** p. 162.

491 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Op. Cit.** p. 178.

vo. É muito mais fácil o pagamento do adicional econômico, do que sua substituição por medidas de eliminação do risco⁴⁹².

5.1. Cumulatividade de adicionais

A imensa maioria da doutrina e da jurisprudência nacional defende que os adicionais de insalubridade e periculosidade são inacumuláveis, em respeito ao § 2º do art. 193 da LT, que estabelece: “§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.”.

É certo, todavia, que o trabalhador pode prestar serviços exposto a dois, três agentes insalubres, ou a um agente insalubre, além de exposto a periculosidade e a penosidade. É razoável exigir que o empregado opte por apenas um deles, mesmo exposto a outros agentes? Se os adicionais possuem causas e razões distintas, é certo que devem ser pagos cumulativamente, pois o trabalhador estará exposto a diversos agentes e, com isso, os riscos profissionais são aumentados, potencializados⁴⁹³.

Lembre-se, também, que o objetivo do pagamento dos adicionais não é apenas melhor remunerar o trabalhador exposto (simples monetização da saúde), mas também forçar os empresários a buscarem alternativas para redução ou neutralização dos agentes agressivos à saúde.

Ao se estabelecer a impossibilidade de cumulação de adicionais, se está incentivando e estimulando os empregadores a desprezarem o art. 7º, XXII, da CF⁴⁹⁴. Isso porque os detentores do capital somente investirão em novas tecnologias para eliminação do agente insalubre ou perigoso, quando financeiramente mais interessante aos negócios do que o mero pagamento de adicionais⁴⁹⁵. Porque um empresário que expõe seus trabalhadores a dois agentes insalubres vai buscar eliminar um deles se, financeiramente, é indiferente o trabalho exposto a ambos os agentes?

492 MARQUES, Christiani. **A Proteção ao Trabalho Penoso**. São Paulo: LTR, 2007, p.169.

493 BUCK, Célia Regina. **Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. São Paulo: LTr, 2001, p. 126.

494 Idem.

495 MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. **Op. Cit.** pp. 50-51.

Sebastião Geraldo de Oliveira ressalta não haver razão, seja do ponto de vista biológico, lógico ou jurídico para vedar a cumulação de adicionais⁴⁹⁶.

Como bem observado por Sebastião Geraldo, a Convenção n. 148 da OIT, e a n. 155 também, ambas ratificadas pelo Brasil, estabelecem que na fixação dos limites de tolerância, seja considerada a exposição simultânea a mais de um agente.

O pagamento dos adicionais é a concretização da monetização da saúde do trabalhador. O que se busca com o pagamento, é, de certa forma, “comprar” a saúde do obreiro, afetada pela exposição aos agentes insalubres ou perigosos. Se a exposição é maior, pois relacionada a mais de um agente, o pagamento também deve ser superior.

O § 2º do art. 193, ademais, não veda a percepção cumulativa de adicionais, como defendem diversos juristas. Aludido dispositivo legal propugna a possibilidade de se optar por um dos adicionais, mas não proíbe o recebimento cumulado. Havendo dúvida quanto à interpretação da norma, aplica-se o princípio de interpretação do Direito do Trabalho que permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador⁴⁹⁷. Evidenciado, assim, inexistir qualquer regra legal que proíba a cumulação de adicionais de insalubridade entre si ou de insalubridade com periculosidade ou mesmo penosidade.

Verifica-se ser descabido o entendimento hoje prevalente de que não é possível o recebimento cumulado de vários adicionais. Felizmente, porém, alguns Tribunais começam a reconhecer que estes adicionais podem sim ser cumulados, conforme jurisprudência dos Regionais do RS (TRT-RS. RO 0001105-63.2011.5.04.0010-RS. 2ª Turma. Relator: Des. Tânia Rosa Maciel de Oliveira. Publicado em 3/10/2013), RO (TRT-RO. RO 0000363-16.2013.5.14.0131-RO. 1ª Turma. Relator: Juiz Convocado Shikou Sadahiro. Publicado em 8/5/2014) e SC⁴⁹⁸. O TST, recentemente, tam-

496 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Op. Cit.** p. 372.

497 “Como *princípio de interpretação* do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais *consistentes* alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 192).

498 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA. REINTERPRETAÇÃO DO § 2º DO ART. 193 DA CLT O adicional de insalubridade tem a finalidade de indenizar os danos causados ao empregado que trabalha exposto a agentes

bém entendeu ser possível a cumulação dos adicionais, em observância às Convenções 148 e 155 da OIT, nos autos TST. 7ª T. 1072-72.2011.5.02.0384 de Relatoria do Ministro Cláudio Brandão, publicado no DEJT de 3/10/2014. Inegavelmente, é uma excelente notícia.

Nos termos do que foi analisado, é perfeitamente possível essa cumulação. Entender de forma diversa é ignorar as Convenções 148 e 155 da OIT e desrespeitar a Carga Magna, que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além de representar estímulo ao empregador para desrespeitar o art. 7º, XXI, que estipula a necessidade de redução dos riscos inerentes ao trabalho.

6. CONCLUSÃO

Como visto no decorrer do presente estudo, a lógica da monetização da saúde dos trabalhadores está imposta nas relações laborais como algo comum, existindo pouca contestação sobre os males que traz para higidez física e psíquica do proletariado e, via de consequência, de toda a comunidade, atendendo de forma precisa os interesses do capital. Tal distorção faz a classe empresarial concluir que é permitido expor a riscos a vida e a saúde dos trabalhadores, bastando que haja o pagamento dos adicionais legais existentes⁴⁹⁹.

O raciocínio da monetização resulta em desrespeito ao direito fundamental a um meio ambiente do trabalho hígido e saudável. Não há como se imaginar uma efetiva qualidade de vida sem a correspondente qualidade do meio ambiente em que o cidadão trabalha e passa a maior parte do seu dia. Esse ambiente, por óbvio,

nocivos à sua saúde. Em contrapartida, o adicional de periculosidade é devido em razão do perigo a que está exposto o empregado, pelo risco de sofrer acidente. Ambos adicionais são garantidos na Constituição Federal de 1988, sem qualquer restrição quanto a acumulação, cabendo uma reinterpretação do § 2º do art. 193 da CLT, tendo por base o disposto no art. 7º, XXII e XXIII da CF, combinado com o art. 11-b, da Convenção 155 da OIT. A exposição simultânea do trabalhador a agentes insalubres e perigosos enseja o pagamento dos respectivos adicionais de insalubridade e periculosidade de forma cumulativa, para compensar os efeitos nocivos à saúde causados por um e outro agente. (TRT-SC. RO 0001871-87.2013.5.12.0022-SC. 3ª Turma. Relator: Des. Maria de Lourdes Leiria. Publicado em 22/8/2014).

499 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 453.

acaba por influenciar o cidadão-trabalhador em todos os aspectos de sua existência e, por isso, nada mais justo e razoável que este local apresente as melhores condições possíveis.

O equívoco em se admitir a venda da saúde do empregado é evidente. Ao ser exposto a agentes que desgastam a sua saúde ou ao risco de ter sua vida ceifada a qualquer momento, o trabalhador desgasta-se muito mais, seja pela tensão e concentração necessária durante todo o expediente quando exposto à periculosidade, seja pelo óbvio desgaste existente pela exposição a agentes insalubres. Com isso, esses trabalhadores adoecem com mais frequência, mais acidentes ocorrem, aposentam-se mais cedo, há a perda prematura da capacidade laboral e, conseqüentemente, uma sobrecarga do sistema da previdência social. É a conhecida socialização das perdas, largamente utilizada pela classe empresarial e diversas vezes citadas durante este estudo.

Imperioso perceber que a monetização, em verdade, traz prejuízos para todos, que perdem com acidentes e doenças do trabalho: o empregado acidentado, sua família, a empresa, o governo e, por consequência, toda a sociedade⁵⁰⁰. Como diz Sebastião Geraldo de Oliveira, “o local de trabalho é para o empregado ganhar a vida, não para encontrar a morte”⁵⁰¹.

Na análise realizada, foi possível perceber, também, que há, do ponto de vista legal, o reconhecimento do direito à higidez física e psíquica do trabalhador e o direito fundamental a um meio ambiente do trabalho adequado e saudável, com ampla proteção constitucional, inclusive. O desafio que se põe, agora, não é mais o reconhecimento de direitos: é a efetivação desses direitos já reconhecidos pelo ordenamento brasileiro. Deve-se buscar a efetivação máxima das normas de direito fundamental a se sobrepor sobre a admissão legal da venda da saúde e da vida da classe trabalhadora. Efetividade é o desempenho concreto da função social do Direito. Simboliza a aproximação mais íntima possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social⁵⁰².

500 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 29.

501 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2010, p. 458.

502 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

Este avanço e a concreção destes direitos somente será possível com a reformulação dos posicionamentos arcaicos e retrógrados que admitem, sem questionamentos, a monetização da saúde do trabalhador, de forma a prestigiar as formas indenizatórias hoje impostas.

Importante, também, é o papel dos Tribunais, que precisam superar os conservadores conceitos e teorias de admissão da imposição da lógica capitalista em detrimento da saúde e segurança no meio ambiente laboral.

É preciso perceber, porém, que a busca por essa efetivação de direitos não depende apenas do proletariado e dos operadores do direito. O Estado Democrático-Ambiental de Direito deve assumir de forma séria e destacada, o compromisso com a eliminação e neutralização das irregularidades estruturais que inviabilizam aos trabalhadores a fruição plena do direito à vida em abundância⁵⁰³.

O cidadão trabalhador, outrossim, não deve se satisfazer com o simples direito de viver. Ele deve exigir o direito fundamental de viver com qualidade e, acima de tudo, com dignidade, em um meio ambiente laboral que permita o gozo concreto dos seus direitos⁵⁰⁴. A Constituição Federal ao falar em dignidade humana, valor social do trabalho, pleno emprego e defesa do meio ambiente, afirma, categoricamente, que não basta para nossa sociedade qualquer trabalho. O trabalho deve ser decente, adequado e seguro, como forma de preservar a saúde do operário⁵⁰⁵.

A nova configuração dos Direitos Sociais dependerá da capacidade de mobilização da classe operária e da sua capacidade de perturbação da “paz social”⁵⁰⁶.

Parece ser este o momento para que a classe trabalhadora busque a máxima efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho decente e adequado, de forma a garantir a higidez física e psíquica de toda a classe operária, garantindo uma melhor qualidade de vida para milhões de trabalhadores, já tão maltratados pela despreocupação da classe empresária com direitos básicos de qualquer cidadão trabalhador.

503 CESÁRIO, João Humberto. *Op. Cit.* p. 92.

504 Id. *Ibid.* p. 68.

505 MELO, Raimundo Simão de. *Op. Cit.* p. 151.

506 RAMOS FILHO, Wilson; ALLAN, Nasser Ahmad. A Doutrina Social da Igreja Católica, o Direito do Trabalho e os Movimentos Sociais Insurgentes Contemporâneos: a paz como resultado de um processo de lutas. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 335.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Meio Ambiente do Trabalho Saudável e Equilibrado: Proteção à Saúde do Trabalhador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. Curitiba, v 2, n.23, outubro/2013, p. 42-66, 2013. Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=23>>. Acesso em: 22/03/2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Trabalho decente*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BUCK, Célia Regina. *Cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade*. São Paulo: LTr, 2001.
- CESÁRIO, João Humberto. *Técnica Processual e Tutela Coletiva de Interesses Ambientais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.
- COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs; ALMEIDA, Victor Hugo de. Meio Ambiente do Trabalho e Proteção Jurídica do Trabalhador: (Re) Significando paradigmas sob a perspectiva constitucional. IN: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coord.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. v. 1. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- _____, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Papel da Justiça do Trabalho no Brasil. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; MENDONÇA, Ricardo Nunes de (Coord.) SILVA, Tomás Nomi (Org.). *Jurisprudência Crítica & Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2013
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. O Meio Ambiente do Trabalho e a Responsabilidade Civil Patronal: Reconhecendo a Danosidade Sistêmica. IN: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coord.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. v. 1. São Paulo: LTr, 2013.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo; DIAS NETO, Pedro Miron de V. A constitucionalização do Direito Ambiental do Trabalho. *Revista LTr: legislação do trabalho*. São Paulo, v. 77, n. 1, ex. 1, p. 24-34, jan. 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio Ambiente do Trabalho no Contexto dos Direitos Humanos Fundamentais e Responsabilidade Civil do Empregador. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 35, n. 136, out-dez/2009, p.54-74, 2009.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e de honra*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2006.

MACHADO, Sidnei. *Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.

MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do Trabalhador*. 3 ed. São Paulo: LTR, 2008.

_____, Raimundo Simão de. Meio Ambiente do Trabalho e Atividades de Risco: Prevenção e Responsabilidade. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*. Curitiba, v 2, n.23, outubro/2013, p. 131-152, 2013, p. 137. Disponível em <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=23>>. Acesso em: 22/03/2014.

MELO, Sandro Nahmias; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. *Princípios de Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

MENDONÇA, Ana Paula Nunes. O Direito Capitalista do Trabalho Brasileiro na Contemporaneidade. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAES, Mônica Maria Luzid de. *O Direito à saúde e Segurança no meio ambiente do trabalho: proteção, fiscalização e efetividade normativa*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, 2001.

MOREIRA, Ranúlio Mendes. O Neoliberalismo e a Banalização da Injustiça Social. IN: RAMOS FILHO, Wilson; GOSDAL, Thereza Christina; WANDELLI, Leonardo Vieira (Coord.). *Trabalho e Direito – Estudos contra a discriminação e patriarcalismo*. Bauru: Projeto Editorial Praxis, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidentes do trabalho ou doença ocupacional*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do Trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2010.

RAMOS FILHO, Wilson. *Delinquência Patronal, Repressão e Reparação*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090116-01.pdf>. Acesso em: 22/03/2014.

_____, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho – História, Mitos e Perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

_____, Wilson; ALLAN, Nasser Ahmad. A Doutrina Social da Igreja Católica, o Direito do Trabalho e os Movimentos Sociais Insurgentes Contemporâneos: a paz como resultado de um pro-

cesso de lutas. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. *Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 57, p.5-48, 2004.

SEVERO, Valdete Souto. O Dano Social ao Direito do Trabalho. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; MENDONÇA, Ricardo Nunes de (Coord.) SILVA, Tomás Nomi (Org.). *Jurisprudência Crítica & Crítica da Jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes. Aviso Prévio Concedido pelo Empregado, Indenização Indevida – um exemplo de aplicação do método jurídico trabalhista. IN: RAMOS FILHO, Wilson; WANDELLI, Leonardo Vieira; ALLAN, Nasser Ahmad (Coord.). *Trabalho e Regulação no Estado Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos da personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

DIREITO DO TRABALHO NAS PATOLOGIAS DO ASSÉDIO E SUICÍDIOS NO TRABALHO

Thais de Almeida⁵⁰⁷

“(...) pensou em muitas coisas, pensou que seu trabalho se tornara definitivamente inútil, que a existência de sua pessoa deixara de ter justificação suficiente.”

(José Saramago, *A caverna*)

INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho do século XXI enfrenta a problemática da ascensão das chamadas patologias do assédio⁵⁰⁸ e dos suicídios ocorridos no local de trabalho, cuja repercussão mundial se deu a partir dos casos ocorridos nas empresas francesas Renault, Peugeot e EDF⁵⁰⁹. Este fenômeno tornou-se objeto de investigação

507 Especialista em Direito do Trabalho. Analista Judiciário no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

508 DEJOURS, C. *Alienação e clínica do trabalho*. IN: LANCMAN, S; SZNELWAR, L. I. *Christophe Dejours: Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. 3 ed. Brasília: Paralelo 15/ Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

509 DEJOURS, C., BÈGUE, F. *Suicídio e trabalho – O que fazer?* Brasília: Paralelo 15, 2010.

em diversas disciplinas, sob distintos enfoques. O presente estudo busca delinear as principais linhas de interpretação de tais fatos a partir da perspectiva da psicodinâmica do trabalho, disciplina que, amparada em estudos clínicos realizados ao longo dos últimos trinta anos, sugere que o trabalho ocupa um lugar quer para a construção da identidade e estabilização da saúde mental, quer como fator de destruição do aparelho psíquico.

Na sequência, a partir de estudos de Christophe Dejours, procura-se destacar a importância da organização do trabalho na mediação do sofrimento que dele advém, destacando os principais métodos de gestão utilizados a partir dos anos 90 e suas implicações para o enfrentamento desse sofrimento. Por derradeiro, sintetiza-se os fundamentos do direito a uma organização saudável do trabalho como substrato para a possibilidade de responsabilização do empregador com amparo no princípio da precaução quando verificados casos de depressão e suicídio no trabalho.

1. A PSICODINÂMICA DO TRABALHO E A CENTRALIDADE DO TRABALHO NA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE

1.1 Trabalho como experiência de sofrimento – o confronto com a resistência do real

Christophe Dejours aponta quatro categorias de patologias ligadas ao trabalho consideradas mais preocupantes atualmente: (i) as patologias de sobrecarga, decorrentes do excesso da carga de trabalho, tais como *burn out*, *karoshi* e disfunções músculo-esqueléticas; (ii) as patologias pós-traumáticas, consequência das agressões de que são vítimas os trabalhadores no exercício de sua atividade profissional; (iii) as patologias do assédio e (iv) as depressões, tentativas de suicídio e suicídios⁵¹⁰.

Este estudo ocupa-se primordialmente das patologias pertencentes à quarta categoria, que tomam proporções alarmantes na atualidade, enfatizando os as-

510 DEJOURS, C.. *Psicodinâmica do Trabalho na Pós- Modernidade*. In: MENDES, Ana Magnólia; LIMA, Suzana Canez Cruz; FACAS, Emilio Perez. *Diálogos em psicodinâmica do trabalho*. Brasília, Paralelo 15, 2007.

pectos relacionados ao suicídio no trabalho, desfecho trágico para um processo de desestabilização psíquica.

Como dito, diversas disciplinas investigam o fenômeno. Dentre elas pode-se destacar a abordagem do “estresse”, a análise estruturalista e a análise sociogenética⁵¹¹, perspectivas das quais a psicodinâmica se afasta, justamente porque vinculam o desequilíbrio psíquico a fatores alheios à realidade do trabalho.

A partir de conceitos oriundos da psicanálise, a psicodinâmica do trabalho propõe uma perspectiva de análise segundo a qual a identidade é construída em dois campos principais: o íntimo e o social. A realização no campo social passa sempre pelo trabalho, que constitui uma segunda chance para a construção da identidade e da saúde mental⁵¹². A disciplina se afasta, portanto, das interpretações fundadas na vulnerabilidade psicológica como causa determinante para o adoecimento psíquico, pois todo indivíduo apresenta falhas em sua esfera identitária, as quais podem ficar evidentes a qualquer momento.

Pode-se afirmar que, de maneira sintética, o centro da investigação da psicodinâmica é o conjunto de conflitos que surgem do encontro do sujeito com as condições de trabalho a que está submetido, e que, na maioria das vezes, são determinadas sem levar em consideração sua vontade⁵¹³.

Uma primeira distinção importante é a que se faz entre tarefa e atividade – esta o trabalho como realizado e aquela a mera prescrição. Para a psicodinâmica, a realidade do trabalho está sempre distante das prescrições constantes dos manuais, porque sua realização está sujeita a situações não previstas pela organização, como panes, anomalias e incidentes; situações que exigem do trabalhador uma

511 DEJOURS, C.; BÈGUE, F. *Op. cit.*, 2010. Para Dejours a abordagem do stress inicialmente vinculava perturbações biológicas e psíquicas a fatores ambientais, e, num segundo momento, à maneira como o indivíduo administrava seu estresse. A análise estruturalista, por outro lado, acaba por atribuir condutas patológicas a vulnerabilidades individuais, de maneira que mesmo admitindo a importância do trabalho, ela é apenas contingencial, porque o essencial situa-se no plano psicológico. Por fim, para a análise sociogenética os métodos de organização do trabalho têm impacto na saúde e devem ser objeto de suspeição até que se prove o contrário. Dentre as críticas que o autor tece a essas abordagens, destaca-se o fato de que apresentam um inconveniente de polarizar as discussões, opondo a causalidade social e a causalidade privada, de maneira que afastam da investigação o papel do próprio trabalho na saúde e na doença mental

512 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2007.

513 DEJOURS, C., ABDOUCHELI, E. *apud* SELIGMANN-SILVA, E. *Trabalho e desgaste mental – O direito de ser dono de si mesmo*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 64.

contínua realização de ajustes e reinterpretações que mobilizam sua subjetividade para a execução do trabalho na forma de **zelo**.⁵¹⁴ Nessas circunstâncias, para alcançar os objetivos propostos pela organização, os trabalhadores afastam-se das prescrições, justamente com o intuito de bem fazer o seu trabalho⁵¹⁵.

É possível afirmar, portanto, que trabalhar significa enfrentar a resistência imposta pela realidade do trabalho aos conhecimentos e às técnicas, até que uma solução para o problema seja encontrada. Essa experiência leva o sujeito ao confronto com o fracasso, provocando-lhe sentimentos desagradáveis, como raiva, frustração, angústia, decepção – sentimentos fundamentais para o conhecimento do mundo, de modo que trabalhar é, antes de tudo, uma experiência afetiva⁵¹⁶. O trabalho, portanto, “é aquilo que o próprio trabalhador precisa inventar e acrescentar às prescrições para que as coisas corram bem”⁵¹⁷. É, portanto, sempre uma provação para a subjetividade, mas ao mesmo tempo uma experiência transformadora para o sujeito e para a realidade em que ele está inserido⁵¹⁸.

Em outras palavras, o trabalho se apresenta cotidianamente como uma prova a que a subjetividade é submetida, com a possibilidade de que, ao final desse processo, o sofrimento causado por esse confronto pode ser transformado, pois “vencendo a resistência do real o sujeito transforma-se a si mesmo, torna-se de algum modo, mais inteligente, mais competente e mais hábil do que era antes de ter superado essas dificuldades. Trabalhar não é apenas produzir, implica necessariamente na transformação do eu”⁵¹⁹.

Trabalhar, contudo, não é apenas a atividade. Para a psicodinâmica do trabalho, é também uma relação social; não é apenas produzir, é também viver junto⁵²⁰, de modo que, além do zelo, é fundamental também a **cooperação** entre aqueles que estão envolvidos na organização. Dejours destaca que o mesmo hiato existente entre o trabalho prescrito e o trabalho real aparece na organização do trabalho;

514 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2007.

515 DEJOURS, C. *A sublimação, entre sofrimento e prazer no trabalho*. Revista Portuguesa de Psicanálise vol. 33 (julho a dezembro de 2013) p.9-28 .

516 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2007; DEJOURS, C. *Trabalho vivo II: Trabalho e Emancipação*. Brasília: Paralelo 15, 2012.

517 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2013. p 12.

518 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2012.

519 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2007. p. 18.

520 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2007

há uma discrepância entre a organização concebida (coordenação) e a que efetivamente se verifica na prática (cooperação)⁵²¹.

Nesse sentido, trabalhar também é experimentar a resistência do mundo social na construção da subjetividade, resolvendo os litígios e desavenças. Para que os objetivos impostos sejam alcançados, além do engajamento individual dos trabalhadores, é fundamental que haja cooperação entre eles, pois é preciso desenvolver a organização do trabalho efetiva, que é diversa daquela prescrita. Entre elas há uma distância, marcada pelas iniciativas dos trabalhadores sobre a maneira de trabalhar, que compõem as chamadas ‘regras de trabalho’ ou ‘regras de ofício’⁵²². A cooperação, portanto “implica um reajustamento consensual da organização tal como foi prescrita. Para isso, aqueles que se esforçam para trabalhar juntos como um coletivo ou uma equipa precisam reorganizar a divisão das tarefas e dos recursos humanos, criando regras práticas, aceitas e respeitadas por todos”⁵²³.

Para que se consiga estabelecer um nível de cooperação, é preciso que haja confiança entre os que estão envolvidos na organização do trabalho, e a partir do modo de cada um trabalhar o grupo decide o que se admite e o que se proíbe na execução do trabalho. O desenvolvimento do trabalho coletivo implica o envolvimento do trabalhador nas discussões, e o compromisso com o respeito às regras que serão estabelecidas e dessa maneira a organização vai se adaptando.⁵²⁴ Ou seja, há uma contribuição individual de cada trabalhador para a formação das regras que serão seguidas pelo grupo, em geral distintas do que foi prescrito pela organização⁵²⁵.

Exsurge daí a indagação acerca da razão que leva o trabalhador a participar da dinâmica da cooperação, a contribuir com a produção. A resposta para essa questão está na aspiração a uma retribuição, que mais do que material (salário, gratificações), é simbólica. Na organização do trabalho, essa retribuição esperada toma a forma de **reconhecimento pelo trabalho**⁵²⁶.

521 *Ibid.*

522 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2012.

523 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2013. p.16

524 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2007.

525 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2013.

526 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2012. p. 39.

1.3 A dinâmica contribuição-reconhecimento e a subjetividade

Ao tratar de importância do reconhecimento para a construção da identidade, Dejours afirma que

“a maioria dos indivíduos apresenta falhas em sua identidade. Falhas herdadas da infância. De modo que, para a maioria de nós, a identidade não se constrói a partir do eu, mas a partir da confirmação do olhar do outro. A identidade precisa da confirmação do outro, ela se fortalece graças ao olhar do outro. Ninguém pode escapar completamente a essa questão da identidade, pois a identidade é a armadura da saúde mental. Toda descompensação psicopatológica é centrada por uma crise de identidade, e nossa identidade geralmente não é invulnerável. Qualquer um de nós pode um dia ter uma crise de identidade e ficar doente”⁵²⁷

É nessa possibilidade de fortalecimento da identidade por meio do trabalho que reside sua centralidade, como mediador da saúde mental⁵²⁸. É oportuno ressaltar que o reconhecimento dirige-se não à pessoa, mas ao seu *fazer*. Num segundo momento é que o sujeito pode se apropriar desse julgamento como reforço de sua identidade, na medida em que faz sentido em relação às expectativas subjetivas de realização de si mesmo.⁵²⁹

O reconhecimento é fundamental porque dele depende o *sentido* do sofrimento:

Quando a qualidade de meu trabalho é reconhecida, também meus esforços, minhas angústias, minhas dúvidas, minhas decepções, meus desânimos adquirem sentido. Todo esse sofrimento, portanto, não foi em vão; não somente prestou uma contribuição à organização do trabalho, mas também fez de mim, em compensação, um sujeito diferente daquele que eu era antes do reconhecimento. O reconhecimento do trabalho, ou mesmo da obra, pode ser depois ser reconduzido pelo sujeito ao plano da construção de sua identidade. E isso se

527 DEJOURS, C. Op. cit. 2007, p.20.

528 *Ibid.*

529 DEJOURS, C. Op. cit. 2012.

traduz afetivamente por um sentimento de alívio, de prazer, às vezes leveza d'alma ou até de elevação. O trabalho se inscreve então na dinâmica da realização do ego. A identidade constitui a armadura da saúde mental. (...) ⁵³⁰

Duas formas de reconhecimento são destacadas pelo psicanalista francês ⁵³¹: no sentido de constatação da contribuição para a organização do trabalho e no sentido de gratidão por essa contribuição. O reconhecimento é feito pela forma de julgamentos feitos ao trabalho realizado, que podem ser **de utilidade**, quando proferidos por superiores hierárquicos e subordinados, **e de beleza**, feito pelos colegas, ou membros de equipe ou da comunidade profissional. O julgamento de utilidade, feito sobre a contribuição econômica, social ou técnica do sujeito na organização, é importante porque confere ao sujeito um estatuto no local de trabalho e na sociedade.

Já o julgamento de beleza, refere-se a questões estéticas, afere a conformidade com a arte e somente pode ser procedido por um igual, por alguém que conhece as regras do ofício. Traz, por isso mesmo, um sentimento de pertencimento ao trabalhador submetido a julgamento, o que lhe permite evitar a solidão. ⁵³²

Como bem sintetiza Leonardo Wandelli, o que mobiliza o sujeito é “o propósito objetivo fundamental de obter, em troca de seu envolvimento e de sua contribuição, um benefício em termos de sentido para si mesmo. Por trás da mobilização subjetiva está a luta pela identidade, de modo que aquilo que a subjetividade agrega ao trabalho se dá na expectativa de uma retribuição simbólica que só o trabalho traz à subjetividade” ⁵³³

1.4 Trabalho e adoecimento: situações de risco e os mecanismos de defesa

Em situações de risco, o medo de sofrer um acidente, de não corresponder às exigências organizacionais, por exemplo, acabam levando a conflitos internos,

530 DEJOURS, C. *A banalização da injustiça social*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.p.34.

531 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2012.

532 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2013.

533 WANDELLI, L. *O direito humano e fundamental ao trabalho – Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

que fazem que o trabalhador busque estratégias de defesa contra esse sofrimento. Essas estratégias podem ser individuais ou coletivas, quando se reúnem esforços de todos para proteção contra os efeitos desestabilizadores do trabalho; e muitas vezes revelam-se paradoxais, uma vez que manifestam-se na forma de atos de indisciplina e de desprezo e enfrentamento ao risco e de exibição de sinais de coragem e resistência ao sofrimento⁵³⁴. Por outro lado, a configuração de uma estratégia coletiva exige a participação de todos para que seja eficiente e possibilite a permanência na tarefa apesar dos riscos.

As estratégias coletivas são fortemente marcadas pelas pressões do trabalho, e funcionam como um mecanismo de seleção psicológica dos trabalhadores. Tendem a permanecer aqueles que transmitem a impressão de contribuir para o fortalecimento das defesas; são eliminados aqueles que demonstram reticência; hesitação, dúvida na adesão à estratégia coletiva. Estes muitas vezes passam a ser perseguidos pelos colegas, tratados como bodes expiatórios do sofrimento coletivo⁵³⁵; há uma tentativa de salvar o grupo, mesmo que isso custe o sacrifício de um de seus membros⁵³⁶.

O problema surge quanto situações delicadas de trabalho começam a progredir, como por exemplo, quando há mudança no comando da empresa, ou quando são implantados métodos de gestão que colocam em xeque a eficácia protetiva desses mecanismos. Uma situação de ameaça de dispensa, por exemplo, cria concorrência entre os trabalhadores, na medida em que todos querem fugir dela. Essa situação leva à desconfiança generalizada, com a consequente desestruturação da solidariedade construída pelo coletivo, o que ameaça a sua própria existência e torna mais frágil cada um dos trabalhadores individualmente.

Wandelli afirma que “a interrupção da dinâmica contribuição-reconhecimento, seja pelo impedimento da sua capacidade de iniciativa, de seu intento de ser útil, confinando-o à condição de um mero executor passivo, seja pela ausência de perspectiva de reconhecimento por essa contribuição, leva à cessação da mobilidade subjetiva. A partir daí, o trabalho perde seu sentido para a subjetividade,

534 DEJOURS, C. *Op. Cit.* 2012

535 DEJOURS, Christophe; ABDOUCHELI, Elizabeth. *Itinerário Teórico em Psicopatologia do Trabalho*. In: DEJOURS, Christophe; ABDOUCHELI, Elizabeth; JAYET, Christian. *Psicodinâmica do Trabalho: Contribuições da Escola Dejouriana à análise da relação Prazer, Sofrimento e Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011.

536 DEJOURS, Op. cit. 2012.

acumulando-se o sofrimento que, sem ser subsumido, se torna um fator patogênico”⁵³⁷

No mesmo sentido, Seiji Uchida, Selma Lancman e Laerte Idal Sznelwar explicam que, dentro dessa dinâmica entre o sofrimento e o prazer, o adoecimento surge quando o sofrimento se torna insuportável, e o trabalho não permite que ele seja transformado em prazer, ou seja, quando os trabalhadores utilizaram suas possibilidades intelectuais e psicoafetivas para lidarem com as imposições a organização e percebem que nada podem fazer para adaptarem e/ou transformarem o trabalho⁵³⁸.

2. ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E SUICÍDIO – A VIRADA GESTIONÁRIA

A evolução das técnicas de organização empresarial e da gestão do trabalho a partir do neoliberalismo veio a agravar essa situação, ao impor “o sacrifício da subjetividade em nome da rentabilidade e da competitividade”⁵³⁹. Essa circunstância, em casos extremos, seria a causa dos suicídios ocorridos no próprio local de trabalho, sobretudo a partir da denominada “virada gestionária”, ideologia empresarial em voga a partir dos anos 90, que, na esteira da ascensão do neoliberalismo, apoiava-se na ideia de que a produção de valor era tributária mais dos métodos de gestão do que do trabalho em si⁵⁴⁰.

Após a onda de suicídios ocorrida na França a partir de 2006, Cristophe Dejours debruçou-se sobre a questão, no intuito de responder o que havia mudado no mundo do trabalho para que o sofrimento – que, repita-se, sempre esteve presente no trabalho - passasse a levar ao suicídio. A resposta que ele encontrou foi a seguinte: se no passado as condições para o sofrimento já estavam presentes, na

537 WANDELLI, L.V. *O direito humano e fundamental ao trabalho – fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012. p.170.

538 UCHIDA, S.;LANCMAN, S.; SZNEWAR, L. *Contribuições da Psicodinâmica do Trabalho para o Desenvolvimento de Ações Transformadoras no Processo Laboral em Saúde Mental*. IN: GLINA, D. ROCHA, L. (ORG). *Saúde Mental no trabalho da Teoria à Prática*. São Paulo: Roca, 2010.

539 DEJOURS, C. *Op.cit.*, 2012. p. 42.

540 WANDELLI, L.V. *Op. cit*, 2012.

atualidade o tecido social e os laços de solidariedade que serviam de escudo contra o sofrimento foram solapados pelos novos métodos de organização do trabalho.

Na obra “Suicídio e Trabalho – O que fazer?”⁵⁴¹, o autor aponta a alteração dos métodos de gestão implantados a partir da década de 1990 como circunstâncias essenciais para a configuração do quadro necessário para a ocorrência de um suicídio no local de trabalho, na medida em que glorificavam a gestão em detrimento do trabalho, que perdeu sua centralidade tanto no plano econômico como social e psicológico.

Leonardo Wandelli explica que o resultado desse ataque ao trabalho promovido pela ideologia gestonária - que cortou a referência aos valores da experiência, das habilidades, do trabalho bem feito – acabou por bloquear a dinâmica contribuição – reconhecimento como mecanismo de desenvolvimento da identidade. Tais práticas afetam profundamente o tecido social da empresa, que serve de suporte àqueles que são mais afetados.⁵⁴²

Dentre as práticas de gestão mais danosas, destacam-se a avaliação individual de desempenho e a qualidade total.

2.1 A avaliação individualizada de desempenho

Segundo o psicanalista francês, é impossível mensurar o trabalho propriamente dito, mas apenas o seu resultado; o trabalho em si é imaterial, e portanto inacessível à verificação. O que se avalia, então, é somente a parte materializada da produção, que não guarda proporcionalidade com o trabalhar efetivo⁵⁴³.

Além disso, a avaliação individualizada, baseada em uma análise quantitativa e objetiva do trabalho, medindo apenas seus resultados⁵⁴⁴, gera sentimentos de injustiça, com efeitos devastadores sobre a saúde mental e sobre o trabalho coletivo. Isso porque tende a estabelecer a concorrência entre setores e entre os próprios empregados, fazendo surgir condutas de rivalidade e a abalando as relações de lealdade, já que os colegas passam a ser vistos como concorrentes. Essa circunstância, somada à práticas de gestão pelo medo (com ameaças de dispensa, por

541 DEJOURS, Cristophe. *Op. cit.*, 2010.

542 WANDELLI, L.V. *Op. cit.*, 2012.

543 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2012.

544 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2013.

exemplo), formam um terreno fértil para a desestabilização psíquica. A lealdade construída coletivamente, o sentimento de confiança e pertencimento ao grupo, são substituídos por um clima de medo e hostilidade⁵⁴⁵.

Nesse contexto, todos se sentem sós; “a solidão e o abatimento se instalam no mundo do trabalho e isso muda radicalmente o cenário, no que diz respeito à relação subjetiva frente ao trabalho e à saúde mental”⁵⁴⁶. O fenômeno das práticas de assédio não é novo, e se há um aumento das vítimas dessa prática, isso não se deve ao assédio em si, mas justamente à solidão.

Parte-se, pois, da perspectiva de que a traição pelos colegas é muito mais dolorosa do que o próprio assédio moral. Uma vítima de assédio que conta com a solidariedade dos colegas detém maior resistência psíquica, porque o grupo, ao apresentar sinais de solidariedade funciona como um filtro para as críticas advindas da chefia, podendo qualifica-las como injustas⁵⁴⁷.

Ao contrário, em uma situação de silêncio de seus pares, a vítima do assédio já não sabe distinguir se esse silêncio é uma traição ou uma concordância com o julgamento negativo que recebeu, levando-a a duvidar de suas próprias qualidades. Para sanar essa situação, multiplica esforços na tentativa de reconquistar a confiança de todos acaba tomada pelo esgotamento, o que potencializa a ocorrência de erros, que acabam por justificar o assédio sofrido.⁵⁴⁸ Assim, “o silêncio dos outros diante do assédio sofrido por um colega precipita a desagregação do senso comum da justiça, da dignidade, da solidariedade, ou seja, daquilo que constitui o ‘solo’ comum, sobre o qual está construído o ‘mundo’, este mundo que abriga a pluralidade de homens.”⁵⁴⁹

O aumento do número de adoecimento psíquico e de suicídios, portanto, não decorre apenas de injustiças, do assédio moral, mas da “terrível experiência do silêncio dos outros, do abandono pelos outros, da recusa de testemunho pelos outros, da covardia dos outros”⁵⁵⁰.

545 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2010.

546 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2010,p.46

547 DEJOURS, C. *Op. Cit.* 2010.

548 DEJOURS, C. *Op. cit.* 2010.

549 *Ibid.* p. 48

550 *Ibid.* p. 47

2.2 Os programas de qualidade total

Outro método de gestão apontado como elemento de degradação do tecido social da empresa é a chamada “qualidade total”. Para Dejours, a expressão é sobretudo um *slogan*, introduzido em resposta às críticas de abandono do trabalho bem feito, e que “vem acompanhado de múltiplas medidas que transformam o trabalho em seus fundamentos, sem, contudo, conferir verdadeiro domínio da qualidade”⁵⁵¹.

Estas medidas se apresentam como uma forma de os gestores se esquivarem de suas responsabilidades, uma vez que limitam-se a estabelecer as metas; celebram contratos por objetivos e se desincumbem da responsabilidade sobre a execução - que é delegada aos trabalhadores - e se voltam somente para os resultados. Ocorre que, como já dito anteriormente, a rotina do trabalho é diversa do trabalho prescrito, está sujeita a diversos incidentes, disfunções e imprevistos, e o trabalhador, premido pela necessidade de honrar os objetivos assumidos pelos gestores, vê-se diante da necessidade de dissimular a própria realidade de trabalho.

Muitas vezes, a certificação de qualidade total é até mesmo condição para que um produto ingresse no mercado, de modo que sua obtenção passa a ser um verdadeiro ‘ideal’ para as empresas. Essa busca gera uma imensa sobrecarga de trabalho, mas também à ocorrência de fraudes, às quais o trabalhador é compelido a se submeter em nome da certificação⁵⁵². Há, portanto, uma verdadeira necessidade de o trabalhador contribuir para a fraude, a trair a ética profissional e a si próprio ao participar de uma verdadeira política de distorção comunicacional.⁵⁵³ Essa é uma das principais causas de degradação da autoestima e do aumento dos sentimentos de depressão no mundo do trabalho.

Em suma, é possível concluir que os novos métodos de gestão introduzidos no contexto empresarial, sobretudo a partir dos anos 90, no contexto de globalização econômica, acabaram por promover uma desvalorização do trabalho bem feito e desestruturaram os laços de cooperação de solidariedade no trabalho. Leonardo Wandelli esclarece a relação entre a desvalorização do trabalho e a deterioração das condições de construção da identidade:

551 *Ibid.* p. 49

552 *Ibid.*

553 *Ibid.*

A precariedade e vulnerabilidade generalizadas pela onda de desvalorização do trabalho desestabilizam toda a dinâmica de subjetivação, de construção continuada de identidades e relações de reconhecimento, desenvolvidas ao longo do século XX, assim como destrói o sistema de valores e saberes associados ao trabalho (...) a interrupção e transformação sucessiva dos vínculos, o agigantamento da perspectiva de desproteção e exclusão, a desigualdade de reconhecimento entre trabalhadores ‘do quadro’ e os terceirizados e precários, a perda do vínculo com o trabalho bem feito, a implosão das condições para a cooperação e deliberação coletiva no trabalho, formam um conjunto de determinantes que deterioram profundamente as condições para levar em frente uma trajetória de vida produtiva com sentido para o sujeito, com reflexos importantes sobre o aprendizado moral e político.⁵⁵⁴

Diante de tais evidências, Dejours aponta duas conclusões: a) do ponto de vista teórico, a saúde mental individual é tributária da qualidade do tecido social onde o trabalho se desenvolve, e sua degradação leva os homens à morte até mesmo em situações ordinárias de trabalho e b) do ponto de vista prático, a constatação de um suicídio é irracional se não se questionar os métodos de organização do trabalho introduzidos pela gestão empresarial nos últimos vinte anos⁵⁵⁵.

3. O MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SADIO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL – O DIREITO A UMA ORGANIZAÇÃO SAUDÁVEL DO TRABALHO

3.1. A gestão do trabalho como integrante do meio ambiente do trabalho

Constatada a profunda ligação entre a organização do trabalho e o adoecimento psíquico, faz-se necessário estabelecer os parâmetros e fundamentos para a responsabilização do empregador que, apesar das implicações, opta por es-

554 WANDELLI, L. V. *Op. cit.* p. 204.

555 DEJOURS, C. *Op. cit.*, 2010.

tabelecer mecanismos de gestão que implique na desestabilização psíquica dos trabalhadores.

É necessário precisar, inicialmente, o alcance do conceito de meio ambiente do trabalho. Adota-se aqui posição crítica à concepção tradicional que compreende apenas o *local* de trabalho, sem levar em consideração a organização do trabalho com os processos a ela inerentes. Nessa perspectiva, Leonardo Wandelli⁵⁵⁶ propõe um aprimoramento do conceito, afirmando que o art. 23 da DUDH⁵⁵⁷, ao fazer referência a '*condições justas e favoráveis do trabalho*' refere-se também às condições presentes na própria organização do trabalho, o que leva a uma ampliação da definição exposta na Convenção 155 da OIT.⁵⁵⁸

Em uma proposta de reconstrução dos fundamentos do direito do trabalho, com a conseqüente releitura de suas categorias, o autor defende a necessidade de "recuperar o elo essencial que há entre trabalho, identidade humana e reconhecimento"⁵⁵⁹ A partir do conceito de um *direito fundamental ao trabalho* que englobe as condições necessárias da dinâmica contribuição-reconhecimento, propõe a compreensão de um ***direito ao conteúdo do próprio trabalho***, que subverte a ideia tradicional de obrigação trabalhista e propõe que "o ato de trabalhar como objeto de proteção jurídica não é só o desincumbir-se, pelo trabalhador, de uma obrigação de prestar algo que interessa apenas ao empregador, mas o exercício de um direito fundamental essencial para o desenvolvimento da subjetividade e para a construção de vínculos sociopolíticos"⁵⁶⁰. Sendo o trabalho mediador privilegiado da personalidade de dos vínculos sociais, não basta proteger os trabalhadores

556 WANDELLI, L. V. *Op.cit.* 2012.

557 Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Assembleia Geral da ONU, A/Res/3/217A (10 de dezembro de 1948). "Artigo 23: I) *Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego*; II) *Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho*; III) *Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social*; IV) *Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses*."

558 Convenção 155 da OIT, aprovada na 67ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1981).

559 WANDELLI, L.V. *Op. cit.* p. 30.

560 *Ibid.*, p. 33.

de seus efeitos nocivos; é também preciso assegurar o seu papel na constituição do sujeito⁵⁶¹.

O direito ao conteúdo do próprio trabalho abrange, assim, **o direito a práticas gerenciais que preservem a saúde e a autonomia dos trabalhadores, dentre as quais a possibilidade de mobilização do zelo e da cooperação, além de uma organização que permita formas adequadas de deliberação de normas de trabalho que permitam o reconhecimento da contribuição prestada à organização**⁵⁶².

Nesse cenário, o direito do trabalho surge como importante instrumento de proteção contra práticas organizacionais abusivas. Leonardo Wandelli defende que a adoção de práticas gerenciais arrasadoras da subjetividade e da possibilidade de desenvolvimento da dinâmica contribuição-reconhecimento há a possibilidade de responsabilização do empregador, vinculado que está pelos princípios da função social da propriedade e do contrato e pela boa-fé objetiva⁵⁶³. Para o autor:

Tais deveres decorrem tanto da dimensão objetiva do direito ao trabalho, em sua manifestação parcelar de direito ao conteúdo do próprio trabalho, e do bloco constitucional de valorização do trabalho, já referido, quando dos direitos fundamentais a ele correlatos, como é o direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, na forma do art. 7, XXII, do direito fundamental a um meio ambiente do trabalho equilibrado, que se deduz dos artigos 225 e 200, VIII, do direito fundamental à saúde, na forma dos artigos 6º e 196, todos da Constituição, assim como do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, que, embora não tenha uma formulação geral expressa na Constituição, é deduzido do direito à vida (art. 5º, caput), do conjunto de direitos fundamentais da personalidade específicos, do direito à integridade física e psíquica, assim como, em especial, da dignidade humana. Com efeito, não se poderia tolerar que esse grande conjunto de direitos fundamentais tivesse de ser abandonado ao adentrar a esfera da organização do trabalho, justamente onde as pessoas comuns passam a maior parte do tempo. É nas relações

561 *Ibid.*

562 *Ibid.* .

563 WANDELLI, L.V.. *O direito humano e fundamental ao trabalho – fundamentação e exigibilidade*. São Paulo, LTr, 2012.

(des)humanas de trabalho, mais que nos locais de trabalho, que, em grande parte, os direitos fundamentais são vividos e violados. Daí a relevância da vinculação jurídica das práticas organizacionais no seu duplo vetor de coordenação – cooperação (ordem prescrita-ordem real de trabalho)⁵⁶⁴

O conceito ampliado de meio ambiente do trabalho, permite, ainda, a utilização de princípios de direito ambiental, como os princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador.

Segundo João Humberto Cesário um meio ambiente do trabalho saudável é condição essencial para se garantir ao trabalhador condições necessárias ao ganho digno de seu sustento. Para o autor, a higidez da ambiência laboral é um bem difuso, de maneira que, quando ocorre com uma situação relativa ao adoecimento psíquico no trabalho se está diante de uma questão relativa à problemática ambiental laboral, o que autoriza a utilização de ditos princípios. Esta tese parte da necessidade de se repensar o fundamentos dos direito do trabalho, de acordo com o que o autor denomina Estado Democrático Ambiental de Direito, que comporta o compromisso com a prevenção e a precaução, em lugar de priorizar a reparação econômica dos prejuízos à saúde do trabalhador.⁵⁶⁵

Tendo em vista o objetivo deste trabalho, restringir-se-á a análise da responsabilidade do empregador sob o ponto de vista do princípio da precaução, abordagem que não exclui outras possíveis.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

A exegese do disposto no art. 225 caput e §1º, V da Constituição Federal e do Princípio 15 da Declaração do Rio - 92⁵⁶⁶, autoriza a adoção do princípio da precaução, que impõe a adoção de medidas preventivas antes mesmo do completo

564 Ibid. p.280

565 CESÁRIO, J. H. *Técnica Processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

566 “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves

conhecimento dos riscos ambientais, ou seja, sempre que haja quaisquer dúvidas a respeito dos efeitos de uma determinada atividade.

Ao tratar de aplicação do princípio da precaução, Leonardo Wandelli observa que a jurisprudência recente vem adotando-o como parâmetro para a análise de conduta do empregador, inclusive em relação à obrigação de resultado, e afirma que tal ideia deve pautar o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho, o que gera reflexos na distribuição do ônus da prova quando está em discussão a responsabilidade pelo dano ao meio ambiente do trabalho⁵⁶⁷.

Vale salientar que, pela própria definição, dever de precaução não exige certeza concreta da possibilidade de dano; basta para sua aplicação a existência de uma potencialidade danosa. No que pertine especificamente à relação entre organização do trabalho e saúde mental, essa potencialidade é demonstrada pelos resultados obtidos nos estudos clínicos realizados pela psicodinâmica do trabalho em mais de três décadas. No caso do suicídio relacionado à organização do trabalho em particular, o dever de precaução ganha maior relevância, diante da natureza do bem atingido e a irreversibilidade do dano.

Segundo Leonardo Wandelli, em termos de obrigação do empregador, o princípio da precaução levaria a duas consequências: em primeiro lugar, a fundamentação da exigência de impedimento de adoção de tais práticas ou a sua descontinuação. Em segundo lugar, a possibilidade de imputação tanto da responsabilidade objetiva do empregador pelo adoecimento quando verificadas tais práticas quanto à presunção de nexo causal entre as condições de trabalho e a doença ou, eventualmente, o suicídio:

Havendo o agravo à saúde, de modo análogo à regra de distribuição do ônus probatório em matéria de degradação ambiental já pacificada na jurisprudência, traslada-se ao tomador de serviços que adotou práticas gerenciais potencialmente geradoras de riscos, por degradantes do ambiente de trabalho, o ônus probatório de demonstrar a ausência de nexo causal entre a organização do trabalho e o adoecimento.”⁵⁶⁸

ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

567 WANDELLI, *Op. cit.* 2012.

568 WANDELLI, L. V. *Op. cit.*, 2012.p.283.

Os estudos de psicodinâmica do trabalho, como já exposto, revelam que os métodos de gestão baseados na avaliação individualizada de desempenho e no *slogan* da qualidade total, dentre outras práticas que ignoram a realidade da execução do trabalho e o engajamento subjetivo do trabalhador ao realizá-lo, aparecem como fatores de risco para o aumento significativo dos dados relativos ao adoecimento psíquico e, em última análise, de suicídios no local de trabalho ⁵⁶⁹.

É certo que a análise das doenças mentais sempre é marcada pela impossibilidade de afirmação absoluta sobre sua origem, porquanto diferentes indivíduos podem apresentar respostas distintas diante de uma mesma situação de trabalho, a depender dos recursos que detém para lidar com a situação. É inegável, todavia, que se pode falar da existência de um risco acentuado de adoecimento, ocasionados pelas práticas gerenciais supra expostas, pois aumentam os riscos de danos, o que acarreta a possibilidade concreta de responsabilização com fundamento no princípio da precaução. ⁵⁷⁰

Leonardo Wandelli vai além, e sugere que “é mesmo provável que se possa falar, aí, de risco conhecido e, portanto, **dever de prevenção** do perigo iminente e cientificamente constatável, impondo-se, nos casos mais graves, a interdição do estabelecimento, nos termos do art. 161 da CLT” ⁵⁷¹

Para Wilson Ramos Filho e Juan Carlos Z. Pohlmann ⁵⁷², a prevenção e a precaução são as medidas mais eficazes diante das práticas gerenciais deletérias, uma vez que não se pode admitir que condutas empresariais atuem em detrimento da dignidade humana”.

Em suma, todas as evidências verificadas acerca da relação entre o suicídio no trabalho e os modelos de gestão baseados na avaliação individualizada de desempenho e nos métodos de qualidade total, são inegavelmente suficientes para a imposição, ao empregador, o dever de eliminação do risco que esses métodos representam, e que, portanto, configuram práticas antijurídicas ⁵⁷³.

569 *Ibid.*

570 *Ibid.*

571 WANDELLI, L. V. *Op. cit.* 2012. p. 283.

572 RAMOS FILHO, W.; POHLMANN, J.C.Z. *A degradação do meio ambiente de trabalho em decorrência da violência dos novos métodos de gestão*. In: JARDIM, P. G.; LIRA, R.J.(Coord). Meio Ambiente do Trabalho Aplicado – Homenagem aos 10 anos da CODEMAT. São Paulo: LTr, 2013. p.284.

573 .WANDELLI, L. *Op. cit.*2012. p.283

5. UMA DECISÃO PARADIGMÁTICA

Por derradeiro, merece destaque uma decisão paradigmática proferida pelo Tribunal de Assuntos de Seguridade Social de Hauts-de-Seine⁵⁷⁴, posteriormente confirmada pela Corte de Apelação de Versailles⁵⁷⁵, que condenou a Renault ao pagamento de uma indenização pelo suicídio do empregado Sr. B, ocorrido no local de trabalho (Technocentre Renault Guyancourt) em 20 de outubro de 2006, ao reconhecer a ocorrência de ‘culpa inescusável’ da empresa, em função da imposição de métodos de organização do trabalho potencialmente nocivos, sem o correto acompanhamento do impacto na saúde mental dos trabalhadores.

A tese da autora da ação (viúva da vítima) sustentava-se na alegação de culpa inescusável da empresa, já que o empregado, que atuava como engenheiro encarregado da coordenação técnica no setor de Engenharia Veicular. Afirmou que a vítima já vinha apresentando manifestações de sofrimento no trabalho nos dezoito meses que antecederam sua morte, com agravamento dos sintomas nos últimos quatro meses. Aduziu também que o sofrimento traduziu-se em expressivo emagrecimento e colapso psíquico, bem como que o suicídio foi a continuidade de um processo de abusos relacionados à organização do trabalho, baseado em um sistema de metas individuais e coletivas fundadas no desempenho pessoal. O ambiente era marcado por um clima de desconfiança generalizada, e as anotações pessoais da vítima denotavam um clima de ansiedade.

Em relação às condições de trabalho, destacou a falta de pessoal crônica, jornada de trabalho excessiva, não implementação das medidas propostas em relatórios anuais de medicina do trabalho, ausência de medidas de prevenção do estresse. No nível individual, destacou o excesso de trabalho a que seu marido estava submetido em virtude da execução do “Contrato Renault 2009”, que expunha metas ambiciosas de expansão da empresa. Asseverou que o fato poderia ter sido evitado se a devida atenção tivesse sido dispensada aos sintomas que a vítima vinha apresentando.

A defesa da Renault contrapôs-se amparada na tese de ausência de provas da relação entre o suicídio e as condições de trabalho. Defendeu, ainda que o ato foi fruto de um conjunto de fatores endógenos, confirmados por laudo pericial.

574 N° 08-01023/N, decisão proferida em 17 de dezembro de 2009.

575 N° 10/00954, decisão proferida em 19 de maio de 2011.

Alegou a existência de uma política de saúde preventiva, com acompanhamento médico dos casos de ansiedade, stress e depressão, bem como que a vítima havia se submetido a exames de stress e fora declarada apta para o trabalho.

Considerou a empresa, portanto, que havia tomado todas as medidas necessárias para a detecção e prevenção dos riscos do estresse de seus empregados, mormente porque a vítima jamais havia manifestado inquietação particular com o trabalho que lhe fora designado e seus superiores hierárquicos demonstravam satisfação com seu desempenho. Defendeu, por fim, que os demais empregados na mesma situação que a vítima gozavam de saúde normal, e que o próprio autor jamais relatara qualquer problema ao serviço médico da empresa.

O tribunal acolheu a tese da autora, por julgar estar a empresa vinculada a uma obrigação de resultado em relação à segurança dos seus funcionários, e, portanto, deveria estar ciente de que o empregado havia sido exposto a situações e práticas prejudiciais ao seu equilíbrio psicológico. Considerou que a vítima trabalhava como engenheiro da Renault desde 1992, e que em 2005 ocupou um cargo central para a política de expansão da empresa, que o levou a assumir grandes responsabilidades, inclusive na implantação da produção em outros países.

Restou comprovado também que a vítima manifestara preocupação com a qualidade de seu trabalho, e que nas semanas que antecederam o suicídio, emagreceu cerca de oito quilos em aproximadamente um mês. Reputou-se que as dificuldades do empregado na execução de seu trabalho foram desconsideradas pela empresa, e que tais fatores levaram à deterioração progressiva do equilíbrio psicológico do autor, já que, mesmo tendo ciência da situação, a empresa não tomou qualquer medida.

A instrução demonstrou que a vítima estava submetida a carga excessiva de trabalho, diante da implantação da nova política do grupo, consubstanciada no denominado “Contrato Renault 2009”, bem como que os sinais de deterioração progressiva da do equilíbrio físico e psicológico do empregado deveriam ser importantes sinais de alarme para a empresa, sobretudo porque já havia sido palco de uma tentativa de suicídio em setembro de 2004 e um suicídio em 2005. Nada obstante, nenhuma medida foi tomada pela Renault com o intuito de proteger os funcionários dos riscos.

Avaliou, por fim, que a empresa não observou a obrigação de registrar os resultados de avaliação dos riscos de cada unidade, e que diante da contribuição de diversas disciplinas, tem-se que as mudanças nas condições de trabalho são causa-

doras de novos riscos ocupacionais, incluindo riscos psicossociais, que deveriam ter sido incluídos nos registros, e, todavia, não foram mencionados.

Nessa linha, entendeu que a Renault não levou em consideração o aspecto da organização do trabalho coletivo como potencial causadora de sofrimento aos empregados. Salientou por fim, que o plano adotado pela empresa rompeu com métodos adotados anteriormente, e foi marcado pela prevalência de metas quantitativas em lugar de critérios qualitativos, gerando inegável impacto sobre a saúde dos funcionários. No entender da corte, a empresa não poderia ignorar a necessidade de prevenção coletiva dos riscos psicossociais.

Essa decisão sintetiza algumas das ideias aqui expostas, ao reconhecer a potencialidade patogênica de uma organização do trabalho fundada em métodos quantitativos. Merece destaque também o reconhecimento de que a alteração abrupta da organização do trabalho acarreta novos riscos psicossociais, de maneira que a empresa deve ter cuidado redobrado com a prevenção, sobretudo quando já verificada a ocorrência de outros suicídios.

Outro ponto relevante a ser destacado é que essa decisão impõe à empresa uma obrigação de resultado em relação à saúde do empregador, o que enseja a necessidade de práticas de prevenção de possíveis casos de adoecimento psíquico.

CONCLUSÃO

Os subsídios teóricos aqui lançados demonstram como o desenvolvimento dos estudos no campo da relação entre trabalho e saúde mental levou à concepção atual da psicodinâmica do trabalho. Abandonando a idéia de que eram as particularidades do sujeito que, em confronto com a realidade do trabalho levavam ao adoecimento, entende que o confronto do indivíduo com a realidade do trabalho inegavelmente modifica sua subjetividade, mas essa alteração pode se dar de maneira positiva ou destrutiva, e a organização do trabalho tem importância significativa nessa dinâmica.

Nessa perspectiva, um mesmo trabalho pode contribuir para o desenvolvimento da identidade e da autonomia de um trabalhador, ou, ao contrário, servir de instrumento para sua desestruturação psíquica – daí a noção de centralidade do trabalho para a saúde mental.

Na realização de um trabalho, o sujeito emprega sua inteligência, sua criatividade, enfim, sua própria subjetividade, e o faz na expectativa de receber uma

retribuição, que não é meramente econômica. Uma das espécies de retribuição de maior relevância é o reconhecimento pelo trabalho realizado, que atua como importante elemento de construção de sua própria identidade, e portanto, também da saúde mental.

A organização do trabalho interfere diretamente nas possibilidades de transformação do sofrimento em prazer. Quando um modelo de organização não possibilita as condições para a manutenção da saúde mental, por negar o valor do trabalho bem feito, ou por destruir as relações de solidariedade, surgem os desequilíbrios psíquicos, que podem levar ao suicídio.

Os suicídios no local de trabalho constituem-se em fenômeno novo, e a constatação de que no passado, apesar de todas as circunstâncias desfavoráveis de trabalho o sofrimento não levava o indivíduo a pôr fim na própria vida, levou ao questionamento sobre o que se teria mudado de modo a permitir a ocorrência desse fenômeno.

A conclusão obtida é que os novos métodos de gestão introduzidos sobretudo a partir da década de 1990 contribuíram de maneira significativa para a deterioração do tecido social da coletividade de trabalho, na medida em que negam o valor do próprio trabalho em detrimento da gestão, vedam as possibilidades de reconhecimento e rompem os laços de cooperação e solidariedade do trabalho coletivo.

Ferramentas de gestão do trabalho humano como a avaliação individual de desempenho e os sistemas de qualidade total inegavelmente criam situações de competitividade entre os trabalhadores, além de romper a dinâmica contribuição-reconhecimento. A organização do trabalho aparece, portanto, como elemento central para a ocorrência de suicídios, daí que não se pode falar em fatalidade em ocorrências desse tipo.

Por outro lado, o direito ao trabalho como direito humano fundamental impõe a proteção do meio ambiente do trabalho, não somente sob a ótica da produção, mas também do ponto de vista da organização do trabalho. Há, portanto, um direito fundamental a uma organização saudável do trabalho, o que enseja a responsabilidade do empregador pelos danos à saúde mental ocorridos em um ambiente de trabalho que ignora esse direito.

Ainda que não se tenha provas científicas concretas da ligação entre a organização do trabalho e a saúde mental, diante dos resultados obtidos em pesquisas realizadas nos últimos 30 anos, estão presentes evidências suficientes para a adoção do princípio da precaução, que impõe às empresas o dever de evitar a utilização

de práticas potencialmente danosas, como é o caso da avaliação individualizada de desempenho e dos sistemas de qualidade total. O mesmo princípio permite também a presunção de nexo de causalidade entre o suicídio e a organização do trabalho, invertendo o ônus da prova em tais situações.

O conjunto de construções teóricas que aqui se procurou apresentar permite o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que possibilite que não mais se atribua ao empregado e às suas fragilidades individuais a responsabilidade pelo adoecimento psíquico, como reiteradamente vêm decidindo os tribunais. Trata-se de uma perspectiva que, partindo dos deveres de cuidado e de proteção, impõe às empresas a responsabilidade de construir uma organização do trabalho tributária da saúde mental de seus empregados.

REFERÊNCIAS

CESÁRIO, João Humberto. *Técnica Processual e tutela coletiva de interesses ambientais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2012.

Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Assembleia Geral da ONU, A/Res/3/217A (10 de dezembro de 1948).

Declaração do Rio sobre direito e desenvolvimento. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (junho de 1992).

DEJOURS, C. *Alienação e clínica do trabalho*. In: LANCMAN, S; SZNELWAR, L.I. (Orgs) *Christophe Dejourn: Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho*. 3 ed. Brasília: Paralelo 15/ Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

_____. *Psicodinâmica do Trabalho na Pós- Modernidade*. In: MENDES, A.M.; LIMA, S. C.C.; FACAS, E. P. *Diálogos em psicodinâmica do trabalho*. Brasília, Paralelo 15, 2007.

_____. *Trabalho Vivo 2: Trabalho e Emancipação*. Brasília: Paralelo 15, 2012. .

_____. *A sublimação, entre sofrimento e prazer no trabalho*. Revista Portuguesa de Psicanálise vol. 33 [2] julho a dezembro de 2013 p.9-28.

_____. *A banalização da injustiça social*. 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2005.

_____; BÈGUE, F. *Suicídio e trabalho – O que fazer?* Brasília: Paralelo 15, 2010.

UCHIDA, S.;LANCMAN, S.; SZNEWAR, L. *Contribuições da Psicodinâmica do Trabalho para o Desenvolvimento de Ações Transformadoras no Processo Laboral em Saúde Mental*. IN: GLINA, D. ROCHA, L. (ORG). *Saúde Mental no trabalho da Teoria à Prática*. São Paulo: Roca, 2010.

RAMOS FILHO, W.; POHLMANN, J.C.Z. *A degradação do meio ambiente de trabalho em decorrência da violência dos novos métodos de gestão*. In: JARDIM, P. G.; LIRA, R.J.(Coord). *Meio Ambiente do Trabalho Aplicado – Homenagem aos 10 anos da CODEMAT*. São Paulo: LTr, 2013. p.284.

SELIGMANN-SILVA, E. *Trabalho e desgaste mental – O direito de ser dono de si mesmo*. São Paulo: Cortez, 2011.

WANDELLI. L.V. *O direito humano e fundamental ao trabalho – fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

A SÍNDROME DE *BURNOUT*: UMA ANÁLISE A PARTIR DA GESTÃO DO TRABALHO SOB O TERCEIRO ESPÍRITO DO CAPITALISMO⁵⁷⁶

Samia Moda Cirino⁵⁷⁷

Eduardo Rufino de Oliveira Gomes⁵⁷⁸

1. INTRODUÇÃO

O capitalismo aprimorou-se nos últimos dois séculos de modo a se tornar o sistema econômico e social hegemônico, consolidando-se, principalmente, após a queda dos regimes de esquerda. A fim de superar as crises cíclicas e, até mesmo, estruturais (na sua fase descendente), o capitalismo logrou desenvolver formas de legitimação que representam os três espíritos do capitalismo - ideologias que lhe servem de sustentação e permitiram sua reprodução.

Para compreensão do problema de pesquisa, importa uma análise mais detida do terceiro espírito do capitalismo, pois representa justamente a ideologia que orienta a forma de exploração do trabalho no capitalismo contemporâneo.

576 Artigo elaborado a partir da pesquisa realizada no Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Especialização em Direito da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.

577 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, na linha de pesquisa de Direitos Humanos e Democracia. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Regulação no Estado Constitucional – GPTREC e do Grupo “Trabalho Vivo” da Universidade Federal do Paraná – UFPR..

578 Especialista em Direito pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Assis-
tente jurídico de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho do Paraná.

Esse terceiro espírito do capitalismo, corporificado pelas propostas neoliberais, em um contexto pós-fordista (após a reestruturação produtiva do capitalismo), buscou mascarar a tensão entre capital e trabalho e, conseqüentemente, enfraquecer a efetividade das normas protetivas do Direito do Trabalho, mediante propostas de flexibilização e precarização das relações de trabalho. Trata-se de um verdadeiro retrocesso aos direitos sociais, uma vez que essa ideologia acaba com as contrapartidas do período fordista e estabelece uma nova gestão do trabalho marcado pela terceirização, remuneração flexível, jornada flexível, vigilância ostensiva pelos próprios trabalhadores, etc.

Pode-se dizer que o principal “mérito” dessa nova forma de gestão do trabalho consiste na tentativa de capturar a subjetividade do trabalhador. O empregado, ora denominado colaborador, submetido a formas de remuneração e jornada flexíveis, doa-se integralmente ao trabalho e torna-se fiscal de si mesmo e de seus companheiros na ânsia de atingir metas. Essa estratégia de cooptação do “empregado-colaborador” tem obtido êxito em afastar a consciência de classe para si, uma vez que muitos trabalhadores passam a não mais se identificar com a classe trabalhadora, mas sonham em se tornar empreendedores. Trata-se, portanto, de uma estratégia de reprodução do sistema capitalista que mitiga a possibilidade de desenvolver consciência de classe em si e para si e si e de se libertar da condição de proletariado.

Nesse sentido, o trabalhador contemporâneo é vítima de uma falácia: é mais disposto a cooperar com o capital, enquanto este lhe arranca o sentido do trabalho vivo. Oculta-se, no capitalismo contemporâneo, o fato de que o trabalhador é dotado de consciência, identidade, medos, angústias e inteligência e que o trabalho é o meio de realização de sua subjetividade, caracterizando uma das mais elevadas expressões da alma humana. O trabalhador tem direito a um ambiente de trabalho que contemple a sua higidez física e mental, objetivo que somente pode ser alcançado pautando-se pela valorização da dignidade da pessoa humana e reconhecendo-se o valor social do trabalho como superior à livre-iniciativa, que jamais pode ser sobreposto pela implacável fome capitalista de lucro.

Como hipótese central da pesquisa em proposição, intenta-se demonstrar que o sofrimento no mundo do trabalho e a epidemia de doenças psíquicas dos trabalhadores estão diretamente relacionados à forma de gestão do trabalho sob o terceiro espírito do capitalismo. Destarte, as novas técnicas de gestão do trabalho mostram-se potencialmente causadoras de patologias psíquicas, dentre as quais destaca-se, na presente pesquisa, a síndrome de *burnout*.

Essa síndrome consiste no esgotamento profissional e decorre diretamente de condições de trabalho desgastantes, não só pelo excesso de doação física do trabalhador, mas pelo excesso de doação emocional e psicológica ao seu trabalho. A patologia em comento, portanto, está diretamente relacionada às práticas perversas de gestão típicas da reestruturação produtiva do capitalismo.

2. AS ALTERAÇÕES NO SISTEMA CAPITALISTA: OS TRÊS ESPÍRITOS DO CAPITALISMO

O capitalismo notoriamente se caracteriza pelo regime de acumulação ilimitada, no qual a lógica é a busca incessante por lucro. Na história do desenvolvimento da sociedade ocidental, ao menos até a segunda metade do milênio passado, não existiam bases ideológicas favoráveis para essa racionalidade capitalista. A moral cristã e, anteriormente, até a cultura greco-romana e mesopotâmica condenavam uma forma de acumulação de riquezas típica capitalista: aquela levada a efeito de forma predatória e injusta pelos detentores do capital.

Citando A. Hirschman, Boltanski e Chiapello pontuam: “Como explicar que em determinado momento da época moderna, se tenha chegado a considerar honrosas atividades lucrativas como o comércio e o banco, ao passo que tinham sido reprovadas e amaldiçoadas durante séculos, por se ver a encarnação da cupidez, do amor ao ganho, da avareza?” (2009, p. 40).

Era necessário superar a lógica cristã de frugalidade. Isso se deu com a Reforma Protestante, que, encabeçada por Calvino e Lutero, veio a atender a reivindicação burguesa de salvação apenas pela fé (quem acreditava, já estava salvo) dissociada das obras (para que a burguesia passasse, assim, a se sentir confortável com a prática da usura).

Acerca dessa mudança paradigmática da ideologia dominante, que serviu aos propósitos da burguesia, são ponderosas as considerações de Hirschman, (*apud* BOLTANSKI; CHIAPELLO, 2009, p. 41):

Em vista da incapacidade da moral religiosa para coibir as paixões humanas, da impotência da razão para governar os homens e da dificuldade de submeter as paixões por meio da pura repressão, restava a solução que consistia em utilizar uma paixão para compensar as outras. Assim, o lucro, que até então encabeçava a ordem das desor-

dens, obteve o privilégio de ser eleito paixão inofensiva sobre a qual passou a recair o encargo de subjugar as paixões ofensivas.

Assim, o espírito do capitalismo consolidou-se na Alemanha Protestante do início do século XX, consoante descrito por Weber na obra célebre “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”. Nesse momento histórico, a salvação da alma passou a ser diretamente relacionada ao acúmulo de riquezas - em contraposição ao modo de produção pré-capitalista pautado pelo catolicismo que pregava a temperança e frugalidade - bases estereis para a legitimação do capitalismo. Desse modo, foi possível que atividades como as bancárias e comerciais, antes condenadas e até tidas como caracterizadoras do pecado da “usura”, passassem a ser incentivadas e largamente aceitas como legítimas.

A acumulação capitalista, ao menos desde o séc. XIX, teve como pressuposto o trabalho assalariado. Por trabalho assalariado, entende-se aquele pelo qual o sujeito vende a sua força de trabalho e não o produto de seu trabalho. “Na fase pré-capitalista alguém se tornava assalariado apenas quando não tinha mais nada para trocar, salvo sua força de trabalho” (RAMOS FILHO, 2012, p. 14). Assim, foi determinante para a consagração do sistema capitalista, dentre outros fatores, a submissão de uma parcela da população tida como *livre*, mas privada da propriedade do capital e, portanto, relegada a vender sua força de trabalho em troca de um salário de subsistência. O engajamento dos trabalhadores assalariados pode ser considerado como condição *sine qua non* para o desenvolvimento do capitalismo.

E como esses trabalhadores, uma vez dotados de liberdade para contratar, poderiam se submeter a um sistema tão contrário aos valores dominantes e historicamente enraizados tidos como anticapitalistas (contra a usura e fundada na venda unicamente do produto do trabalho - em contrapartida da venda do trabalho em si)? Justamente pela propagação da ideologia que consubstanciava o primeiro espírito do capitalismo - que veio com o intuito de educar a sociedade, de modo que, assimilando a ideia de que é necessário sempre trabalhar mais, se ganhar mais, consagrou o sistema capitalista.

Assim, “o trabalho prestado em condições de subordinação passa a ser norma” (RAMOS FILHO, 2013, p. 18). Tornando-se “estigmatizados o ócio e a não submissão ao estatuto do salariado, o trabalhador subordinado se transmuda em imperativo moral por oposição àquelas condutas daqueles que resistem ao ingres-

so no modo de vida capitalista, tido como vadios, como vagabundos ou como malandros” (RAMOS FILHO, 2013, p. 19).

Para fins deste trabalho se tentará descrever algumas dessas ideologias legitimadoras da ordem capitalista - ou *espíritos do capitalismo*. Boltanski e Chiapello chamam de “espírito do capitalismo a *ideologia que justifica o engajamento no capitalismo*” (2009, p. 39). Os autores esclarecem (2009, p. 42):

O espírito do capitalismo é justamente o conjunto de crenças associadas à ordem capitalista que contribuem para justificar e sustentar essa ordem, legitimando os modos de ação e as disposições coerentes com ela. Essas justificações, sejam elas gerais ou práticas, locais ou globais, expressas em termos de virtude ou em termos de justiça, dão respaldo ao cumprimento de tarefas mais ou menos penosas e, de modo mais geral, à adesão a um estilo de vida, em sentido favorável à ordem capitalista.

À parte de outras contradições que o capitalismo encerra *per se*, sobressai a permanente necessidade de aliciar, seduzir, arregimentar a classe trabalhadora em favor do capital. Boltanski e Chiapello defendem que “o capitalismo, sob muitos aspectos, é um sistema absurdo: os assalariados perderam a propriedade do resultado do seu trabalho e a possibilidade de levar uma vida ativa fora da subordinação” (2009, p. 38). Para os assalariados, portanto - defendem os autores - “a inserção no processo capitalista carece de justificações” (2009, p. 38). Tais justificações compõem os espíritos do capitalismo, que são tidos como três. Cada espírito capitalista toma força quando o espírito anterior já não consegue mais responder às críticas que lhe são dirigidas.

O primeiro espírito do capitalismo, de inspiração liberalista, é permeado pela irracionalidade descrita na doutrina weberiana de acúmulo incessante de capital, sem maiores preocupações com a legitimação perante a sociedade, ou em estabelecer contrapartidas aos trabalhadores.

Se por um lado, a busca pelo acúmulo de capital sempre existiu no espírito humano, o capitalismo moderno caracterizou-se pela busca do lucro de forma permanente, racional e estrutural. Segundo Max Weber (2012, p. 51):

O homem é dominado pela geração de dinheiro, pela aquisição como propósito final da vida. A aquisição econômica não mais está subor-

dinada ao homem como um meio para a satisfação de suas necessidades materiais. Essa inversão daquilo que chamamos de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, é evidentemente um princípio-guia do capitalismo.

Uma segunda caracterização do espírito do capitalismo tem pleno desenvolvimento, principalmente, a partir dos movimentos sociais de 1968. Nesse período histórico, há de se ter em mente que, em plena Guerra Fria, havia a sombra real de uma ideologia concorrente ao sistema capitalista. Ramos Filho narra que “com o crescimento na adesão social ao ideário de esquerda e com fortalecimento dos movimentos sociais e sindicais, vislumbra-se mudança significativa no *espírito do capitalismo*, principalmente na Europa, a partir do final da década de 1960 e no início dos anos 1970” (2013, p. 124).

No mundo ocidental, influenciado pela experiência soviética, também se fortalece o movimento operário - igualmente com forte inclinação marxista e anarquista - de modo a se tornar um mecanismo relevante de contenção da brutalidade do capitalismo sobre a classe trabalhadora. A partir de tal resistência, conforme descrito por Ramos Filho, passam a ser usados pelos capitalistas alguns mecanismos assecuratórios de legitimidade, com o fim de conter a insurreição da classe operária (2013, p. 43):

As estratégias usadas pelas classes dominantes para enfrentar os perigos inerentes à mobilização operária variavam de país para país. Pode-se visualizar, contudo, duas estratégias que, combinadas em níveis variáveis, se destinavam a diminuir os riscos para o capitalismo em reestruturação, principalmente nos países de capitalismo central: o estabelecimento de mecanismos de disciplina e controle da subjetividade da classe trabalhadora nos locais de produção e, por outro lado, o reconhecimento de direitos de amplitude geral visando diminuir a cólera e o ímpeto das classes dominadas. A disciplina restava assegurada pelo controle parcelar do tempo e das atividades obreiras pelo taylorismo e pela inculcação ideológica do espírito capitalista que pregava o progresso social e do acúmulo de bens, papel identificado com a ideologia do fordismo. O reconhecimento de direitos, ao contrário, dependia da capacidade de mobilização da classe trabalhadora em cada país.

A partir daí, estabelecem-se algumas compensações para os trabalhadores. Em decorrência da luta da classe operária, fortalece-se a Previdência Social, como proposta de garantir aos trabalhadores um futuro tranquilo após uma vida de trabalho. Há a consolidação de direitos sociais laborais como jornada máxima, restrições ao trabalho do menor, férias, etc. A consagração dos direitos sociais segue os contornos outrora materializados na Constituição de Weimar de 1919. Tais *benesses* são nada mais do que justificações, que bem caracterizam o espírito do capitalismo à época.

A regulamentação do trabalho ocorreu por meio do Direito Capitalista do Trabalho. Embora possa parecer uma inversão de valores aos estudiosos mais desavisados, Ramos Filho, em sua obra “Direito Capitalista do Trabalho”, defende que o Direito do Trabalho veio atender a uma reivindicação capitalista e não necessariamente uma reivindicação operária. Esse ramo do Direito buscou instaurar uma certa paz social, acalmando os ânimos da classe operária, dando aos trabalhadores alguma segurança, no sentido de que têm direitos e que tais direitos são respeitados (papel que no Brasil coube à Justiça do Trabalho), de modo que o capitalismo pôde prosseguir tranquilo, despreocupado com eventuais greves ou outra mobilização da classe trabalhadora que pudesse impedi-lo de seguir o seu infundável processo de produção e acumulação.

Todos esses mecanismos de legitimação do capitalismo, aliados às políticas econômicas de gastos governamentais, oportunizaram, a partir do pós-guerra, cerca de “30 anos gloriosos” - também conhecidos como Era de Ouro do Capitalismo - período de assombroso crescimento econômico em todo o mundo, que perdurou até os anos 1970/1980, quando o *espírito do capitalismo* então vigente começa a perder sua força. Dentre os eventos que acarretaram a ruptura com esse segundo espírito do capitalismo, destacam-se a crise do petróleo de 1973 e a seguida quebra da bolsa de valores, conforme narra Sidnei Machado (2001, p. 23):

O regime de acumulação fordista entra em crise nos países centrais no final dos anos 60 e início da década de 70 e, nos países periféricos no final dos anos 80 e início da década de 90. A crise é atribuída à conjuntura de quatro elementos: a) redução da produtividade; b) elevação da composição técnica de capital; c) saturação do consumo de massa; e d) intensificação do trabalho improdutivo.

Com a queda do Muro de Berlim e o desmembramento da União Soviética, “o capitalismo considerou que não necessitava mais se justificar para obter legitimidade e, à ‘rigidez’ fordista, após a ‘flexibilidade’ pós-fordista” (RAMOS FILHO, 2012, p. 286). Assim, “o capitalismo deixa de necessitar de legitimação, tornando-se *descomplexado* para assumir-se como realmente é, sem pruridos e sem pudores” (RAMOS FILHO, 2012, p. 276).

Surge o *terceiro espírito do capitalismo*, pautado pela flexibilidade e precarização das relações de trabalho, corporificado pelas políticas neoliberais. “Com o desaparecimento da concorrência ideológica [...] os capitalistas se sentiram a vontade para ‘*tentar resgatar os anéis cedidos*’ 70 anos antes, quando do intervencionismo estatal, com a Constituição de Weimer, até as concessões [...] em face da crítica social dos anos 60 e início dos anos 70” (RAMOS FILHO, 2013, p. 126).

Na virada deste último século, o capitalismo passa a ser pautado por um espírito de flexibilização das relações de trabalho. As políticas econômicas denominadas *neoliberais* – cuja ideologia pressupõe uma precarização das relações de trabalho – ganham força de modo a difundir características ditas *flexíveis* nas relações laborais, tais como: pagamento exclusivamente por produção e por alcance de metas; descentralização ou terceirização da mão de obra e dos serviços; flexibilização da carga horária e superação do controle de jornada; gestão por projetos etc.

A partir dos anos 90, popularizam-se as ideias *toyotistas* da produção. Espalham-se como epidemia conceitos como: 5S, *qualidade total*, *just-in-time*, *kaizen*, etc – que nada mais são do que mecanismos que extraem do trabalhador o máximo de efetividade e eficiência. Popularizam-se ainda conceitos como *deslocalização empresarial*, que implica na terceirização do processo produtivo ou mudança das empresas para países em que as cargas tributárias (e os direitos trabalhistas) são menores. É posta de lado a ideia de segurança numa carreira empresarial. Os quadros organizacionais da empresa são enxugados (*lean production*). Introduz-se a figura do *manager* e do *coach*, visando a eliminar conceitos como hierarquia e chefia, fazendo com que os trabalhadores se autogerenciem, se autofiscalizem. É introduzido o *gerenciamento de projetos ou resultados* e são implementados programas como *qualidade total* e *avaliações individualizadas por performance*, que concorrem para infligir ao trabalhador o domínio sobre todo o processo produtivo, aumentando-lhe as responsabilidades e, por consequência, a tensão e o estresse.

Acerca dos três espíritos do capitalismo no Brasil, é preciso ressaltar que não tivemos, efetivamente, a implementação das contrapartidas sociais inerentes ao

segundo espírito do capitalismo. O empresariado brasileiro, que fomentou o golpe militar de 1964, não estava mais disposto a fazer concessões, de modo que implementou uma reforma no Direito Capitalista do Trabalho que representou uma verdadeira regressão dos direitos dos trabalhadores, dentre as quais se destacam: a limitação do poder normativo da Justiça do Trabalho, a ilegalidade do direito de greve, a limitação das negociações coletivas e o fim da estabilidade no emprego (RAMOS FILHO, 2012, p. 361).

Assim, se nos países de capitalismo central as reformas visando à diminuição de direitos trabalhistas foram implementadas apenas a partir dos anos 1980, sob a égide do neoliberalismo, no Brasil, essa quebra de rigidez do Direito do Trabalho ocorreu antecipadamente, durante o regime militar. Esse cenário explica o hibridismo constitucional de 1988, que sintetizou enunciados da disputa hegemônica entre as propostas de contraprestação do segundo espírito do capitalismo e as propostas de desregulação e precarização das relações de trabalho características do terceiro espírito do capitalismo.

Embora, aparentemente, o terceiro espírito do capitalismo prescindia de justificar-se, perante uma crítica antissistêmica, ainda há a necessidade de legitimação perante a base social, ainda há a necessidade de apresentar justificações para engajar a classe trabalhadora e mascarar as lutas de classes. Por essa razão, o capitalismo contemporâneo logrou desenvolver sofisticados mecanismos para a tentativa de cooptação do trabalhador, a fim de conformá-lo não apenas a um modo de vida capitalista, mas a um modo de existência, consoante será exposto na próxima seção.

3. OS MÉTODOS DE GESTÃO DO TRABALHO E A ESTRATÉGIA DE COOPTAÇÃO DO TRABALHADOR NO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

Os métodos de gestão do trabalho moldam o Direito Capitalista do Trabalho quanto à forma da regulação laboral e quanto ao conformismo que produz na classe trabalhadora à subordinação, de modo a coibir qualquer tipo de atitude que conduza a um conflito em relação à classe dominante. Destarte, o Direito Capitalista do Trabalho deve ser compreendido como “uma das compensações fordistas pela adesão ao modo de vida capitalista e pela aceitação da sujeição dos trabalha-

dores ao poder de subordinar atribuído pela ordem jurídica aos empregadores nas relações de trabalho” (RAMOS FILHO, 2012, p. 271).

Dentre as fases que constituem as diversas formas de exploração do trabalho, encontramos: (i) pré-fordismo, coincidente com o período de liberalismo econômico extensivo de acumulação de capital, na virada do século XIX para o século XX; (ii) fordismo, que coincide com o início do intervencionismo estatal e com a reorganização capitalista do trabalho, com escopo de maior produtividade, concentração de capital e crescimento do mercado de consumo de massa, mediante atribuição de medidas compensatórias à classe trabalhadora; (iii) pós-fordismo que representa o conjunto de modificações ocorridas no modo de reprodução e justificação do capitalismo na era da globalização, conforme a ideologia neoliberal.

Importante ressaltar que a periodização proposta na seção, anterior acerca dos espíritos do capitalismo, não coincide integralmente com a periodização que alude às fases dos métodos de gestão do trabalho. Há um consenso na doutrina em situar o pré-fordismo até a crise de 1929; o fordismo do período subsequente, de aproximadamente 50 anos; e pós-fordismo o período iniciado nos últimos 20 anos (RAMOS FILHO, 2012, p. 274).

Dentre as formas de gestão do trabalho, em 1914, partindo de premissas de Frederick Taylor, Henry Ford revolucionou a indústria automobilística dos EUA ao implementar uma linha de montagem na qual o carro a ser fabricado seguia numa esteira rolante, passando por trabalhadores especializados apenas numa pequena etapa da produção, tudo com o fim de reduzir os custos e aumentar a produção e, logicamente, a lucratividade. O fordismo também promoveu uma aparente valorização do trabalho à época, uma vez que reduziu a jornada para oito horas e aumentou o nível salarial praticado até então. “As principais características da produção fordista são: a) uso de maquinaria; b) produção de um único produto standardizado; c) trabalhadores com habilidade média e grande divisão do trabalho; e e) mercado de consumo de massa” (MACHADO, 2001, p. 29).

Outra forma de administração da exploração do trabalho, denominada *taylorismo*, surge no começo do século XX nos EUA, tendo por características relevantes “controle rigoroso das atividades obreiras, fundado na subordinação e na possibilidade de punição das condutas que extrapolem a normalidade” (RAMOS FILHO, 2013, p. 30). Um dos pilares do taylorismo é a otimização da produção mediante a pulverização das tarefas entre os operários, que passavam a ficar especializados na execução de uma pequena parte – mesmo que monótona e repetitiva – do processo produtivo:

A modalidade taylorista, de controle sistemático e otimização do trabalho implicou a fragmentação e mecanização de tarefas de forma a encontrar a melhor forma de obter mais rendimento obreiro, ou seja, através da administração do tempo e do trabalho aumentava-se a eficiência do trabalhador e, conseqüentemente, a produção, estruturando-se, assim, uma cadeia de montagem repetitiva e em série, introduzida, por exemplo, por Henry Ford na indústria automobilística (AROCEMA *apud* PRONER, 2010, p. 28)

Ramos Filho apresenta uma divisão do taylorismo em fases (2012, p. 274): (i) *taylorismo primitivo*, até o final da Segunda Guerra, voltado ao aumento da produtividade e da lucratividade, mediante a decomposição de tarefas e sua reconstrução com base no controle parcelar do tempo; (ii) *taylorismo maduro*, que juntamente à técnica *fayolista*, instrumentalizou o fordismo, na tentativa de sequestro da subjetividade do trabalhador para adesão ao modo de vida capitalista; e (iii) *pós-taylorismo*, fundado no conceito de flexibilização e precarização das relações de trabalho.

Complementando as teorias americanas, em 1916, o *fayolismo*, igualmente ao fordismo e taylorismo, privilegiou a divisão do trabalho entre os operários e revelou grande obsessão com disciplina, organização e hierarquia. Fayolismo é entendido como o método de gestão fundado nos eixos *prever, organizar, comandar, coordenar e controlar*, e em um certo número de procedimentos de administração empresarial (tais como: a divisão do trabalho, a autoridade, a disciplina, a unidade de comando, a unidade de direção, a subordinação dos interesses particulares aos interesses gerais da empresa, a remuneração, a centralização, a hierarquia, a ordem, a equidade, a estabilidade do pessoal, dentre outros). “Para bem controlar o processo produtivo, Henry FAYOL destaca o papel da formação continuada dos subordinados, não apenas para aprender como fazer, mas principalmente para disciplinar de que forma o trabalho haverá de ser prestado” (PRONER, 2013, p. 22).

Conforme essa tríade - taylorismo-fordismo-fayolismo - é construído o modo de exploração do trabalho no século XX do Ocidente capitalista. Com base nessas teorias, fica evidente que o trabalho é tratado como mero fator de produção - que deve ser controlado e regulado de modo a atingir o máximo de lucratividade.

Em face dos avanços tecnológicos e da contínua necessidade de maximizar o lucro no sistema capitalista, os métodos de produção e gestão do trabalho sofrem reestruturação e passam a caracterizar o “pós-fordismo”, “neofordismo”, “neo-

taylorismo”, “pós-taylorismo” ou “toyotismo”. Essas denominações são usadas por diferentes autores para caracterizar o modo de produção e controle do trabalho, após a reestruturação produtiva e sob o terceiro espírito do capitalismo. Ramos Filho assim define a influência do que chama de *pós-fordismo* (2011, p. 382):

Com as novas técnicas de gestão no interior das empresas e com o ideário liberal se constituindo em pensamento único a nortear as políticas públicas, busca-se a eficiência através da flexibilidade das empresas esbeltas organizadas em rede, conduzidas por equipes orientadas para a satisfação do cliente e dos acionistas, mediante a mobilização geral de colaboradores atemorizados pela perda do emprego. Esse temor, acompanhado dos níveis de ansiedade fomentados por técnicas diversas, mais do que aumentar o lucro dos detentores dos meios de produção, buscava induzir a subserviência pela aceitação da inevitabilidade dessas condutas patronais, por imposição do mercado - competitivo e globalizado.

Dessa forma, a expressão pós-fordismo designa as mudanças implementadas no fordismo, mediante novos métodos de gestão do trabalho e nova “ética” - para implicar os trabalhadores no modo de existência que representa. Portanto, não se trata apenas de uma atualização dos métodos anteriores, mas de uma nova forma de gestão do trabalho que precariza as relações laborais e adota sofisticados mecanismos para a captura da subjetividade do trabalhador, a fim de conformá-lo, inclusive, quanto à sua existência.

Outra parte da doutrina, como Giovanni Alves, entende que o *toyotismo* representa “o verdadeiro espírito do novo complexo de reestruturação produtiva, a ideologia orgânica da produção capitalista sob a mundialização do capital”. O referido autor define o *toyotismo* como uma “ideologia orgânica” porque procura “salientar a amplitude de valores e regras de gestão da produção e de manipulação do trabalho vivo que sustentam uma série de inovações organizacionais, inovações tecnológicas e inovações sócio-metabólicas”. O autor defende que referidas inovações sócio-metabólicas tem “dimensão crucial” no *toyotismo* em razão de “sua ânsia pela ‘captura’ da subjetividade” (ALVES, 2009, p. 156).

Algumas dessas inovações sócio-metabólicas “são: flexibilidade dos processos de trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo” (HARVEY *apud* MACHADO, 2001, p. 37). “Nos processos de trabalho as mudanças estão na descentrali-

zação da produção, redução da hierarquia entre os trabalhadores, incremento da comunicação, maximização da terceirização, precarização do trabalho (aumento do trabalho autônomo, por tempo parcial, temporário e em domicílio)” (MACHADO, 2001, p. 37).

Trata-se da reestruturação produtiva do capitalismo que, como dito, pauta-se pela flexibilidade. “O que surge hoje, com o novo complexo de reestruturação produtiva, o *toyotismo*, é tão-somente mais um elemento compositivo do longo processo de racionalização da produção capitalista e de manipulação do trabalho vivo que teve origem com o fordismo-taylorismo” (ALVES, 2009, p. 156).

O mundo do trabalho contemporâneo passa a ser caracterizado pelo trabalho prestado em condições de ansiedade, pressão e medo. Medo de não atingir as metas, medo de prejudicar o salário do colega (já que disseminam-se as remunerações por equipe), medo de não atender as reivindicações dos clientes, medo de perder o emprego (já que não são mais oferecidas as garantias organizacionais típicas do segundo espírito do capitalismo).

Giovanni Alves salienta que “o pressuposto essencial do novo modelo de gestão da produção capitalista é a captura da subjetividade do trabalho vivo” (2007, p. 156). Isso porque, com as novas técnicas de gestão, o trabalhador é obrigado a ceder não só a sua força física de trabalho, mas também engajar-se de mente e alma. Ao analisar a racionalidade do sistema Toyota de Produção, Alves entende que é “dimensão essencial do espírito do toyotismo: a imprescindibilidade do engajamento moral-intelectual dos operários e empregados na produção do capital” (2007, p. 156). Todavia, o trabalhador, embora engajado, não se identifica com o processo produtivo, não consegue ver o resultado de seu trabalho e, não consegue forçar laços de solidariedade com seus colegas. E, assim, com esse domínio da subjetividade operária, eficientemente buscado pelos novos métodos de gestão laboral (pós-fordismo ou toyotismo), o trabalhador tende a sofrer psiquicamente.

Tais métodos de produção e gestão do trabalho demonstram que a atual estruturação capitalista é pautada pela *captura da subjetividade do trabalhador*, pela busca de seu engajamento não só físico (como antes), mas também psíquico e emocional. O trabalhador vê-se submetido a um jogo de manipulações, coerções, tudo com o fito de captura de sua subjetividade, esta considerada como “sendo constituída pelas instâncias psíquicas da pré-consciência, consciência e do inconsciente” (ALVES, 2009, p. 6).

Aldacy Rachid Coutinho ressalta que o projeto de alteração e modernização das relações de trabalho “vem mundialmente coligado ao fim do caráter unitário e

homogêneo do direito do trabalho, com fragmentação das relações laborais, numa desestruturação da classe operária e cooptação dos trabalhadores para mascarar o conflito entre capital e trabalho” (2000, p. 171). Há uma crescente desestruturação da classe operária, com a única preocupação de adaptabilidade e produtividade do trabalhador, sem qualquer indagação a respeito de sua qualidade de vida.

O processo de cooptação do trabalhador no terceiro espírito capitalista pode ser descrito nos seguintes termos (ALVES, 2009, p. 188):

O processo de “captura” da subjetividade do trabalho vivo é um processo intrinsecamente contraditório, constituído por um jogo de simulações, articulando mecanismos de coerção e de consentimento, que se interage com uma teia de manipulação que perpassa não apenas o local de trabalho, mas as instâncias da reprodução social. Além disso, o processo de “captura” como inovação sócio-metabólica do capital tende a dilacerar/estressar não apenas a dimensão física da corporalidade viva da força de trabalho, mas sua dimensão psíquica e espiritual, dilaceramento que se manifesta através de sintomas de doenças psicossomáticas que atingem o trabalhador.

Verifica-se, portanto, que nos atuais métodos de gestão, pós-fordista ou toyotista, o trabalhador encontra-se bombardeado por cobranças, metas e prazos decorrentes de um trabalho altamente pulverizado e especializado, mediante a submissão a um sistema hierárquico competente em realizar cobranças de metas e exigências - muitas vezes inalcançáveis. Além disso, é cooptado para se identificar com os interesses da classe empregadora e romper com a consciência de classe em si e para si. Torna-se vigilante de si mesmo e dos colegas de trabalho da sua equipe. Já não consegue desligar-se do trabalho, pela pressão de trabalhar em casa e pelo medo do desemprego.

Notórias, portanto, as contradições decorrentes da reestruturação produtiva do capitalismo, ao tentar mobilizar a subjetividade do trabalhador sem contrapartidas adequadas. Ou seja, o trabalhador restringe sua saúde, seu tempo, seus valores, sua vida, sua liberdade – tudo em prol do seu trabalho – e não vê a recompensa ou reconhecimento nisso: não tem o reconhecimento do valor contributivo do seu trabalho ao processo produtivo; não participa de um ambiente de trabalho saudável, solidário e fraterno; não tem segurança na continuidade da relação de emprego; não tem perspectivas de uma aposentadoria digna; tem de se submeter

a processos de trabalho alienantes e pouco significativos; tem de se submeter a formas de remuneração aviltantes (por resultados e em equipe).

A captura da subjetividade do trabalhador se dá de forma alienante, discreta e silenciosa. “A anulação é muda e invisível, para conhecê-la é preciso ir à sua procura. Projeto temerário, talvez, descobrir o sofrimento operário, não somente desconhecido fora da fábrica, mas também mal conhecido pelos próprios operários, ocupados que estão em seus esforços para garantir a produção (grifo nosso)” (DEJOURS, 2014, p. 26). Assim, muitas vezes, nem a classe trabalhadora, tão ocupada que está em dar tudo de si para o processo produtivo capitalista percebe o quanto que o sofrimento lhe ronda, sofrimento esse que está entranhamente ligado ao modo de produção vigente.

4. AUTORREALIZAÇÃO DA SUBJETIVIDADE E O SOFRIMENTO NO TRABALHO

À primeira vista, as mudanças na gestão do trabalho decorrentes da reestruturação produtiva do capitalismo podem transmitir a falsa impressão de que permitiram uma maior dignificação do trabalhador - enquanto ser humano dotado de ideias, desejos e vontades - já que pressupõem maior engajamento, mais habilidades, multifuncionalidades, domínio do processo produtivo, conforme visto na seção anterior.

No entanto, o discurso de maior valorização do trabalhador é um engodo, pois o atual sistema (toyotista ou pós-fordista), acirra a competitividade entre os trabalhadores que, assombrados pelo medo, de não cumprir as metas e do próprio desemprego, submetidos a remuneração e carga de trabalho flexíveis, cada vez mais se sacrificam em prol do processo produtivo, sem adequadas contraprestações. O trabalhador que antes deveria ser controlado, vigiado e observado para dar o máximo de rendimento, agora tem a iniciativa de sempre dar o máximo de si ao processo produtivo e, ainda passa a vigiar e controlar o rendimento do trabalho dos colegas.

Embora o capitalismo contemporâneo seja bem sucedido na tentativa de capturar a subjetividade obreira, tem-se que o trabalhador, enquanto ser humano, não pode ter a sua subjetividade dissociada do seu trabalho. O trabalho não é mero meio de subsistência, pois carrega valores que não podem ser absorvidos

pelo capital, valores esses que dignificam o homem e o identificam como indivíduo e sujeito social.

É exatamente a partir da categoria do trabalho vivo que se concebe a irreduzibilidade do trabalho ao capital. A partir da ideia de mais-valia de Karl Marx, é possível estabelecer uma distinção entre trabalho vivo e trabalho objetivado. Nesse sentido, trabalho vivo, a subjetividade corporal do trabalhador, consiste no trabalho como não capital, é exterior em relação à subsunção pelo capital. Por outro lado, o trabalho objetivo é subsumido, alienado pelo capital, sua existência é a existência do capital, dele dependendo inteiramente.

O trabalho vivo, nas palavras de Leonardo Vieira Wandelli (2012, p. 50), “corresponde à dimensão de irreduzibilidade da corporalidade criadora dos sujeitos humanos, que resiste à subsunção integral sob o capital”. O autor ressalta que, mesmo quando subsumido pelo capital, o trabalho vivo mantém a sua identidade e irreduzibilidade, pois o trabalho carrega valores que expressam o ser humano e o dignificam.

O novo modo de produção vigente afronta a subjetividade do trabalhador, de modo a mitigar-lhe a dignidade – que é bem definida por Jessé Souza (2012, p. 38):

Existem duas formas antinômicas e especificamente modernas de reconhecimento: o ideal de dignidade e o ideal de autenticidade. As duas formas se deixam ver por oposição às formas típicas das sociedades hierárquicas. Enquanto nestas o princípio da honra é fundamental, e honra sempre significa que alguns a possuem e outros não, a noção moderna de “dignidade” implica o uso igualitário e universal que confere a dignidade específica a todo ser humano e cidadão moderno. Enquanto apenas alguns têm honra, todos possuem dignidade.

O trabalho humano, da forma como está concebido no atual modelo econômico capitalista, desvaloriza o *homo faber*, robotiza-se, rotineiriza-se. O trabalho não pode ser visualizado como uma simples mercadoria de troca pela sobrevivência ou subsistência, pois externaliza valores que dignificam o ser humano no contexto social, psicológico e cultural (CIRINO, 2013, p. 251).

A falta de realização pessoal no trabalho é altamente frustrante para o ser humano, uma vez que o trabalho é considerado das mais altas expressões da subjetividade humana:

Através do trabalho, o ser humano pode perceber sua vida como um projeto do ato e o produto e assim reconhecer sua condição ontológica, materializar e expressar sua dependência e poder sobre a natureza, produzindo os recursos materiais, culturais e institucionais que constituem seu ambiente e desenvolvem seu padrão de qualidade de vida (MALVEZZI *apud* AREIAS & COMANDULE, 2006, p. 185).

O que muitas vezes escapa aos olhos dos gestores, formados a partir de conceitos relacionados ao terceiro espírito capitalista, é que o trabalho em relação ao sujeito não é unicamente um meio de alcançar um salário e garantir os meios para sobrevivência, é também fator de integração do sujeito e construtor da identidade de grupos e indivíduos:

O trabalho é mais do que o ato de trabalhar ou de vender sua força de trabalho em busca da remuneração. Há também uma remuneração social pelo trabalho, ou seja, o trabalho enquanto fator de integração a determinado grupo com certos direitos sociais. O trabalho tem ainda uma função psíquica: é um grande alicerce de constituição do sujeito e de sua rede de significados. Processos como reconhecimento, gratificação, mobilização da inteligência, mais do que relacionados à realização do trabalho, estão ligados à constituição da identidade e da subjetividade. (LANCMAN; DEJOURS, 2011, p. 38).

Nesse sentido, a psicodinâmica do trabalho, ciência afeta às relações entre saúde mental e a organização do trabalho, parte do pressuposto de que o trabalho detém papel central na vida do sujeito, enquanto expressão da subjetividade humana. A psicodinâmica do trabalho defende que o trabalho pode ser fonte de prazer e libertação, contudo, ao não permitir realização profissional, pode causar desde insatisfação até exaustão. Dejours, expoente da área, embora afirme enfaticamente que “o sofrimento está sempre rondando o trabalho” (2007, 17), ressalta que as pesquisas afetas à psicodinâmica do trabalho “buscam compreender porque e como o mesmo trabalho, em função de sua organização, pode inscrever-se em uma dinâmica de destruição, ou, ao contrário, de construção da saúde” (2007, p. 14).

A psicodinâmica explica o porquê da epidêmica onda de distúrbios e transtornos depressivos e ansiosos que afligem a classe trabalhadora: porque os mes-

mos mecanismos exigidos pelo processo produtivo toyotista são os mecanismos formadores da identidade e subjetividade do sujeito e quando tais mecanismos são alienados pelo trabalho, sem uma correspondente e satisfatória recompensa, trazem sofrimento.

A estratégia de cooptação da subjetividade dos trabalhadores dá-se por meio de sofisticados mecanismos do atual modelo produtivo, como o princípio de individualização e os estímulos empresariais à concorrência entre os denominados “colaboradores”. Nesse sentido são ponderosas as considerações de Dejours (2004, p. 34):

Os contratos de objetivos, a avaliação individualizada do desempenho, a concorrência entre os agentes e a precarização das formas de emprego, conduzem ao desenvolvimento de condutas desleais entre pares e à ruína das solidariedades. O resultado destas práticas gerenciais é o isolamento de cada indivíduo, a solidão e a desagregação do viver junto ou, melhor ainda, a desolação [...] que constitui a razão pela qual os homens reconhecem entre si aquilo que eles têm em comum, aquilo que compartilham e que se encontra no próprio alicerce da confiança dos homens uns nos outros. As consequências desses princípios da organização do trabalho são, de um lado, o crescimento extraordinário da produtividade e da riqueza, mas, de outro, a erosão do lugar acordado à subjetividade e à vida no trabalho.

Diante desse panorama, são nefastos os efeitos sobre a saúde dos trabalhadores, como já vêm defendendo especialistas na área da saúde. Tem sido conectado o adoecimento do trabalhador com os novos métodos de gestão do trabalho decorrentes da reestruturação produtiva. Já são consideradas epidêmicas doenças como osteomusculares, cardiovasculares e autoimunes em geral.

Somando-se à massa de trabalhadores adoecidos por LER/DORT e aos acidentados, tem-se constatado um aumento exponencial de trabalhadores acometidos de moléstias de ordem psiquiátrica, formando um conjunto considerável de pessoas abruptamente excluídas da População Economicamente Ativa. Isso tem sido diretamente relacionado aos novos modelos de gestão do trabalho, uma vez que “a natureza das novas organizações aumenta outras formas de adoecimentos, tais como: afecções musculoesqueléticas, estresse, problemas psíquicos” (LANEMAN; DEJOURS, 2011, p. 35).

Os cientistas da saúde observam um surto de estresse que atinge os trabalhadores no sistema capitalista, em especial a partir da configuração pós-fordista ou toyotista. Nesse sentido (SOUZA, SILVA e SILVA, 2012, p. 29-30):

O maior percentual de estressados se dá entre 36 a 45 anos, a faixa etária que engloba principalmente operários e empregados de alto risco. Seligmann-Silva destaca o estresse entre os principais problemas de saúde mental dos trabalhadores industriais de Cubatão – estado de São Paulo, Brasil – ao lado da depressão, fadiga crônica, distúrbios do sono e alcoolismo. Por sua vez, Rocha e Glima apresentam uma série de problemas de saúde mental como sendo recorrentes entre os trabalhadores contemporâneos, tais quais o próprio estresse, além da síndrome da fadiga crônica (fadiga patológica, fadiga industrial), síndrome de *burnout* (síndrome do esgotamento profissional), síndrome residual pós-traumática, quadros neuróticos pós-traumáticos, quadros depressivos, síndromes paranoides, transtornos psicossomáticos, síndromes de insensibilidade e o alcoolismo”.

O estresse no trabalho é lugar-comum no modelo vigente da reestruturação produtiva do capitalismo. As ideologias decorrentes do terceiro espírito do capitalismo trazem em seu bojo vários fatores de risco para o surgimento do estresse no trabalho:

Dentro do conteúdo do Trabalho, os fatores de risco são: problemas com a confiabilidade, disponibilidade, adequação e manutenção ou reparação do equipamento e das instalações, falta de variedade ou ciclos de trabalho curtos, trabalho fragmentado ou menor, baixa utilização das competências, alto nível de incerteza, sobrecarga de trabalho ou quantidade de trabalho insuficiente, falta de controle sobre a cadência, altos níveis de pressão relativamente aos prazos acordados para as tarefas, trabalho por turnos, horários rígidos, horas imprevisíveis, períodos longos ou fora do normal. Cada vez mais existe um consenso para definir stress relacionado com o trabalho em termos das interações entre o trabalhador e o ambiente de trabalho (exposição a fatores de risco). O estresse no trabalho aparece quando as exigências do ambiente de trabalho ultrapassam a capacidade

do trabalhador de fazer frente a essas exigências ou de as controlar (ARIAS, 2006, p. 189-190).

Recentemente, as doenças psiquiátricas já chegaram a responder por 48,8% dos afastamentos por auxílio-doença no país, conforme pesquisa realizada pela Universidade Nacional de Brasília em parceria com o Instituto Nacional de Previdência Social⁵⁷⁹. Dessa forma, o adoecimento mental do trabalhador tem sido cada vez mais percebido e cada vez mais difícil de ignorar.

Verifica-se que a saúde mental do trabalhador constitui uma esfera que vem assumindo uma dinâmica cada vez mais intensa e prolixa, comparada às primeiras manifestações de degradação da saúde do trabalhador no primeiro e segundo espírito do capitalismo, as quais eram, em sua maioria, relacionadas a aspectos físicos do trabalhador. No capitalismo contemporâneo, o cenário se agrava, haja vista que ganham força as doenças mentais advindas de esgotamentos psicoemocionais, de estresse e de uma “perda de sentido da vida, visto que o capitalismo afasta o homem das relações pessoais sadias, e este passa a conviver em ambientes de interesses, nos quais o “ter” predomina sobre o “ser” (grifo nosso) (SOUZA, SILVA e SILVA, 2012, p. 29-30).

Em sentido inverso do esperado, “o avanço tecnológico e as novas organizações do trabalho não trouxeram o anunciado fim do trabalho penoso; ao contrário, acentuaram as desigualdades e a injustiça social e trouxeram formas de sofrimento qualitativamente mais complexas e sutis, sobretudo do ponto de vista psíquico” (LANCMAN; DEJOURS, 2011, p. 40).

Derrubados os alicerces da solidariedade no trabalho, retirada do trabalhador a possibilidade de realização da sua subjetividade e construção da sua identidade mediante seu trabalho, ao trabalhador restará o sofrimento. Portanto, a organização do trabalho quando construída em desprezo ao lado humano do trabalhador, enquanto sujeito dotado de desejos, sentimentos, ideias e vontades, fatalmente acarretará o sofrimento do trabalhador, que, muitas vezes, poderá evoluir para estresse no trabalho e doenças psiquiátricas.

Uma das consequências para o trabalhador submetido ao estresse profissional, que será abordada na próxima seção, é o desenvolvimento da síndrome de

579 LABORATÓRIO DE SAÚDE DO TRABALHADOR DA UNIVERSIDADE NACIONAL DE BRASÍLIA. Relatório coordenado pela Professora Anadergh Barbosa Branco. UNB, Brasília/DF, Brasil. (www.unb.br/fs/programaambientesaudeetrabalho).

burnout: “O indivíduo submetido ao estresse ocupacional pode deixar de responder adequadamente às demandas do trabalho e geralmente se encontra irritável, ansioso e ou deprimido. Indivíduos com cronificação de altos níveis de estresse ficam vulneráveis ao surgimento da Síndrome de *Burnout*” (ARIAS, 2006, p. 199).

5. A SÍNDROME DE *BURNOUT*: UMA CONSEQUÊNCIA NEFASTA DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA DO CAPITALISMO

Dentre a epidemia de doenças psíquicas que assolam a classe trabalhadora, a síndrome de *burnout* destaca-se como uma patologia que decorre diretamente de condições de trabalho desgastantes, não só pelo excesso de doação física do trabalhador, mas, principalmente, pelo excesso de doação emocional e psicológica ao seu trabalho. Exatamente o que as novas formas de gestão do trabalho, sob o terceiro espírito do capitalismo, exigem dos trabalhadores: a entrega não só de sua força física de trabalho, mas também de sua força emocional e psicológica.

Inicialmente, essa síndrome foi relacionada à entrada no mercado de trabalho da geração nascida no pós-guerra - criada em condições bem menos adversas que a geração anterior - sendo considerada um problema passageiro e pouco relevante. No entanto, ao contrário do esperado, a incidência da síndrome se intensificou no decorrer da entrada das gerações subseqüentes no mercado de trabalho:

A síndrome de *burnout* no trabalho foi identificada pela primeira vez na década de 1970 como uma crise na carreira do trabalho profissional de pessoas em algumas capacitações. Posteriormente, a pesquisa demonstrou que a síndrome de *burnout* não foi nem uma fase passageira decorrente da entrada dos *baby boomers* no mercado de trabalho nem um problema menor de fácil solução. Ao contrário, a síndrome de *burnout* continuou persistindo (LEITER, BAKKER, MASLACH, 2014, p. 1 - tradução livre).

A síndrome de *burnout* - ou síndrome do esgotamento profissional - é consequência de um processo crônico de estresse no trabalho. Decorre diretamente do conteúdo e do modo de organização do trabalho:

A síndrome de *burnout* é um processo de enfraquecimento decorrente de um período prolongado de estresse profissional. É uma resposta à tensão crônica no trabalho, gerada a partir do contato direto e excessivo com outras pessoas, que, devido à tensão emocional constante, atenção concentrada e grande responsabilidade profissional. O termo *Burnout* é a junção de *burn* (queima) e *out* (exterior), significando exaustão emocional, fadiga, frustração, desajustamento (INOCENTE, 2005; TAMAYO 1997).

Os sinais iniciais incluem sentimentos de exaustão emocional e física, sentimento de alienação, cinismo, impaciência, negativismo e isolamento. (ARIAS, 2006, p. 199).

Uma das pioneiras no estudo da síndrome, Maslach, relaciona a organização do trabalho diretamente com a possibilidade de desenvolvimento da doença: “quando o local de trabalho não reconhece o lado humano do trabalho, e que existem grandes desequilíbrios entre a natureza do trabalho e a natureza das pessoas, conseqüentemente, haverá um grande risco de esgotamento” (2003, XXIII, *foreword* – tradução livre).

As conseqüências para a saúde do trabalhador manifestam-se física, emocional e mentalmente:

Existem manifestações físicas, emocionais e mentais decorrentes da síndrome de *burnout*. O esgotamento físico aparece pela falta de energia, pela fadiga crônica, insônia, tédio, maior vulnerabilidade às doenças, aumento da freqüência de cefaléias, tensão muscular e dor lombar. O esgotamento emocional pode aparecer associado com sintomas de depressão, com sentimentos de desesperança, com agravamento de tensões e conflitos, com labilidade emocional e com sentimentos de insatisfação com a vida e consigo mesmo. O trabalhador tende também a ter uma erosão da sua motivação para o trabalho, deixa de investir na área profissional que aparece no absentéismo, ou descuido nas atividades ou com os pacientes ou clientes (OMS,1999; INOCENTE, 2005)” (ARIAS, 2006, p. 199-200).

Ironicamente, a mais evidente consequência da doença em questão é a piora no desempenho profissional do trabalhador – que pouco ou nada mais consegue produzir. Segundo Maslach (2003, p. 130– tradução livre):

Talvez o impacto mais visível da síndrome de *burnout* é a mudança na performance no trabalho. Basicamente, eles [os doentes] fazem um trabalho pior. A motivação é baixa, a frustração é alta e uma insensível atitude “estou pouco me lixando” predomina, e eles não se importam com o resultado. Eles vão “de acordo com a cartilha” e são obsoletos em vez de inovadores e arrojados. Eles dão o mínimo ao invés de dar tudo de si, e às vezes eles dão absolutamente nada. Como um veterano professor disse: “o meu lema é: Quanto mais eles pedem, menos eu dou.”

Do mesmo modo que o sistema capitalista coisifica o trabalhador, o portador da síndrome de *burnout* tende a tratar as pessoas de forma desumanizada: “Com o aumento do esgotamento, desenvolve-se [...] um comportamento de tratar as pessoas como objetos e não como seres humanos.” (MASLACH, 2003, p. 13– tradução livre).

Quanto à família do doente, os efeitos podem ser ainda mais devastadores. Não são incomuns divórcios, já que os cônjuges, desavisados, muitas vezes não percebem que o comportamento do doente é decorrente do esgotamento profissional: “Esse comportamento doméstico muitas vezes não é reconhecido como decorrente do estresse no trabalho - em vez disso é atribuído a tão algo que deu errado no relacionamento conjugal (‘Eu acho que não nos amamos mais’). Separação ou divórcio são, então, resultados prováveis” (MASLACH, 2003, p. 139– tradução livre).

No Brasil, a Previdência Social reconhece a síndrome de *burnout* como doença de origem ocupacional, estando prevista no Decreto 3.048/1999 na Lista de Transtornos Mentais e do Comportamento relacionados ao Trabalho (Grupo V da CID-10) como ‘XII - Sensação de Estar Acabado (“Síndrome de Burn-Out”, “Síndrome do Esgotamento Profissional”) (Z73.0) (Grupo V da CID-10)’, tendo como agentes etiológicos ou fatores de risco de origem ocupacional “1. Ritmo de trabalho penoso (Z56.3); 2. Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)”

Embora inicialmente a síndrome tenha sido atribuída exclusivamente a *care-givers* - pessoas que lidam com o cuidado do ser humano (profissionais da área da saúde, psicólogos, professores, policiais, bombeiros, etc.) - esse não é mais o posicionamento médico dominante.

Christina Maslach, 20 anos após a publicação da primeira tiragem de “*Burnout: the cost of caring*” - livro que disseminou o conceito da síndrome - quando do prefácio da nova edição pontuou: “Então, o que eu aprendi sobre a síndrome de *burnout* nos últimos 20 anos? Que não está limitada a profissionais prestadores de cuidados” (2003, xxii- tradução livre).

Mais recentemente a síndrome de *burnout* tem sido diretamente relacionada com as novas formas de gestão do trabalho após a reestruturação produtiva do capitalismo, consoante se nota na descrição de especialistas acerca das causas da doença:

A economia da informação que domina o mundo pós- industrializado aumentou a proporção daqueles [trabalhadores] que estão a se dedicar à prestação de serviços para as pessoas. Também aumentou a proporção do trabalho que é feito com pessoas mediante vários tipos de grupos de trabalho. Trabalhar com pessoas eleva a experiência dos trabalhadores na vida profissional, aumentando as oportunidades de contato social agradável e acesso a conhecimentos, competências e capital social dos seus colegas e clientes. Trabalhar com pessoas também aumenta a quantidade da incerteza quanto a seus postos de trabalho. As interdependências no trabalho dos membros da equipe podem tornar o trabalho mais interessante, mas também podem aumentar a angústia quando as contribuições dos outros para um projeto compartilhado chegam atrasadas ou são abaixo da qualidade esperada. Trabalhar com o outro exige que os empregados tenham a capacidade de colaborar, de liderar e de seguir. Competências técnicas analíticas proveem apenas uma parte da solução para a eficiência na vida de trabalho. Habilidades sociais aumentaram em importância no trabalho contemporâneo. Como resultado, a natureza cada vez mais social do trabalho traz consigo tanto recursos adicionais, como demandas adicionais. (LEITER; BAKKER; MASLACH, 2014, p. 1-2 – tradução livre)

Uma causa relevante que pode ser destacada para o desenvolvimento da doença é o trabalho remoto, possível em razão dos avanços tecnológicos, uma vez que restringe o tempo de descanso devido entre jornadas. “O trabalho contemporâneo tornou-se cada vez mais portátil. Uma variedade de aparelhos carregam informações, juntamente com a capacidade de analisá-las. A manutenção de uma fronteira clara entre o trabalho e a vida pessoal exige força de vontade dos trabalhadores.” (LEITER, BAKKER, MASLACH, 2014, p. 2 - tradução livre)

Assim, o tempo de não trabalho - necessário para a recuperação psicofísico-social em relação ao tempo de não trabalho - tem sido neutralizado quanto à sua finalidade de “desligamento” do trabalho. “A tecnologia de comunicação não só permite que os empregadores ou clientes entrem em contato com os trabalhadores em qualquer lugar, ela também permite que os trabalhadores continuem trabalhando em projetos não resolvidos quando seria melhor ser servido por uma ruptura completa com o trabalho” (DERKS *et al apud* LEITER *et al*, 2014, p. 2 - tradução livre).

Outra característica influente para o desenvolvimento da doença é típica do terceiro espírito do capitalismo: o medo do desemprego, que embora traga muito sofrimento para a classe trabalhadora, é muito conveniente para a classe empresária. “Outra tensão na vida profissional contemporânea é a incerteza. Desde a crise financeira de 2008, a segurança no emprego tem se tornado mais tênue” (BURKE *et al apud* LEITER *et al*, 2014, p. 2 - tradução livre).

Esse contexto de insegurança - sustentado pelo governo, cúmplice da classe empresarial - reflete diretamente na percepção psicológica que o empregado tem de seu emprego e até na produtividade do trabalhador: “A mudança no contrato psicológico dos empregadores com seus trabalhadores gera insegurança para o bem-estar dos empregados, prejuízo no rendimento profissional e incerteza no desenvolvimento de carreira.” (BURKE *apud* LEITER *et al*, 2014, p. 3 - tradução livre).

Dessa forma, verifica-se que as atuais demandas do capitalismo, sob a égide do seu terceiro espírito, têm sido relacionadas ao aumento da incidência da síndrome da *burnout*: “As exigências de adaptação a um ambiente de trabalho reestruturado, incluindo a incerteza inerente a tais mudanças, têm sido associadas ao *burnout* no trabalho em vários países.” (ALLISEY *et al apud* LEITER *et al*, 2014, p. 3 - tradução livre).

CONCLUSÃO

Historicamente, o capitalismo precisou desenvolver sofisticados mecanismos de legitimação para contornar suas crises e mascarar os conflitos de classe. Verificou-se que, na primeira fase (ascendente), o capitalismo prescindia de maiores preocupações com a legitimação perante a sociedade, ou em estabelecer contrapartidas aos trabalhadores, uma vez que era orientado pela racionalidade de acúmulo incessante de capital, nos termos da ética protestante descrita na doutrina de Weber. Para submeter os trabalhadores a um sistema tão contrário aos valores dominantes e historicamente enraizados, o primeiro espírito do capitalismo veio com o intuito de educar a sociedade, de modo que, com a Reforma Protestante, assimilou-se a ideia de que era necessário sempre trabalhar mais, ganhar mais, estigmatizando-se o ócio e à insubmissão ao trabalho assalariado.

Na sua fase descendente (principalmente após as grandes guerras), ante a ameaça real de regimes concorrentes e à insurreição operária, foi imprescindível para a reprodução do capitalismo como sistema social e econômico a concessão de direitos sociais e a consolidação do Direito Capitalista do Trabalho, o que caracteriza o segundo espírito do capitalismo. Nos países de capitalismo central, houve o fortalecimento da Previdência Social; planos de carreira e garantias de estabilidade no emprego; consolidação de direitos sociais laborais, como jornada máxima, restrições ao trabalho do menor, férias, entre outros mecanismos de justificação.

Contudo, observou-se que essas contrapartidas fordistas apenas buscaram mascarar a submissão de uma parcela da população tida como livre, mas privada da propriedade do capital e, portanto, relegada a vender sua força de trabalho em troca de um salário de subsistência.

Com a queda do Muro de Berlim e o desmembramento da União Soviética, o capitalismo livrou-se da pressão de sistemas concorrentes, cenário que, somado a fenômenos como a globalização e os avanços tecnológicos, possibilitou o surgimento do terceiro espírito do capitalismo, marcado pela retirada de direitos e garantias sociais da classe trabalhadora e pela precarização das relações de trabalho.

Verificou-se que o capitalismo, após a reestruturação produtiva e sob a égide do seu terceiro espírito, tem sido eficiente em conformar a classe trabalhadora, mitigando a luta de classes e o desenvolvimento da consciência de classe, por meio da estratégia de captura da subjetividade do trabalhador. Isso porque, a forma como o trabalho é estruturado, exige, *per se*, maior mobilização e engajamento do trabalhador. Os atuais métodos de gestão do trabalho deixam evidente que o

sistema capitalista contemporâneo é pautado pela extração do trabalhador de seu engajamento não só físico (como antes), mas também psíquico e emocional.

Diante desse panorama - das novas formas de organização do trabalho que buscam capturar a subjetividade do trabalhador – são nefastos os efeitos sobre a saúde dos trabalhadores, destacando-se o alto nível de adoecimento psioemocional associado ao processo de dominação subjetiva a que sofre o trabalhador. Ganham força as doenças mentais advindas de esgotamentos psioemocionais, de estresse e de uma perda de sentido da vida, uma vez que o capitalismo afasta o homem das relações pessoais sadias, impondo-lhe sua existência em ambientes de interesses, onde o “ter” predomina sobre o “ser”.

Essas estratégias de cooptação do trabalhador devem ser coibidas, uma vez que o trabalho representa uma importante forma de realização da subjetividade do trabalhador, conforme a categoria do trabalho vivo. Nesse sentido, a psicodinâmica do trabalho defende que o trabalho pode ser fonte de prazer e libertação, contudo, ao não permitir realização profissional, pode causar desde insatisfação até exaustão. O trabalho em relação ao sujeito não é unicamente um meio de alcançar um salário e garantir os meios para sobrevivência, é também fator de integração do sujeito e construtor da identidade de grupos e indivíduos.

Derrubados os alicerces da solidariedade no trabalho, retirada do trabalhador a possibilidade de realização da sua subjetividade e construção da sua identidade mediante seu trabalho, ao trabalhador restará o sofrimento. Portanto, a organização do trabalho quando construída em desprezo ao lado humano do trabalhador, fatalmente acarretará o sofrimento do trabalhador, que, muitas vezes evolui para estresse e doenças psiquiátricas.

Conforme demonstrado na presente pesquisa, o capitalismo, após a reestruturação produtiva e sob a égide do terceiro espírito, traz em seu bojo vários fatores de risco para o surgimento do estresse no trabalho. Uma das consequências para o trabalhador submetido ao estresse profissional é justamente o desenvolvimento da síndrome de *burnout*.

Dentre a epidemia de doenças psíquicas que assolam a classe trabalhadora, verificou-se que a síndrome de *burnout* é uma moléstia que decorre diretamente de condições de trabalho desgastantes, não só pelo excesso de doação física do trabalhador, mas, principalmente, pelo excesso de doação emocional e psicológica ao seu trabalho. Exatamente o que as atuais formas de gestão do trabalho exigem dos trabalhadores: a entrega não só de sua força física de trabalho, mas também de sua força emocional e psicológica.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *Dimensões da Precarização do Trabalho: ensaio de sociologia do trabalho*. Bauru: Canal 6, 2013.

_____. *Dimensões da Reestruturação Produtiva: ensaios de sociologia do trabalho*. 2ª ed. Londrina: Praxis, 2007.

AREIAS, Maria Elenice Quelho; COMANDULE, Alexandre Quelho. *Qualidade de Vida, Estresse no Trabalho e Síndrome de Burnout*. Unicamp. 2006. Disponível em http://www.fef.unicamp.br/feffqvaf/livros/foruns_interdisciplinares_saude/fadiga/fadiga_cap13.pdf.

CIRINO, Samia Moda. *Sustentabilidade no meio ambiente de trabalho: um novo paradigma para a valorização do trabalho humano*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA: 25 Anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República, 2013, Curitiba-PR. Livros do Conpedi/Unicuritiba - Direito do Trabalho. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 22. p. 246-272.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Globalização e Direito do Trabalho*. In Direito e Democracia. Revista do Centro de Ciências Jurídicas – ULBRA. Vol. 1 - Número 1 - 1º semestre de 2000. ISSN 1518-1685. p. 163-176.

DEJOURS, Christophe. *Subjetividade, Trabalho e Ação*. Revista Produção 14 (3), set/dez 2004, p. 27-34.

_____. *A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. São Paulo: Cortez/Oboré, 1988.

_____. *Psicodinâmica do Trabalho na pós-modernidade*. In MENDES, Ana Magnólia (org). *Diálogos em Psicodinâmica do Trabalho*. Brasília: Paralelo 15, 2007.

DEJOURS, Christophe; ABDOUCHELI, E. & JAYNET, C. *Psicodinâmica do Trabalho*. São Paulo: 1997. Atlas.

MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. São Paulo: LTr, 2001.

MARX, Karl (1818-1883). *O Capital: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASLACH, Christina. *Burnout: The cost of caring*. Los Altos, CA, USA: ISHK, 2003.

LEITER, Michael P; BAKKER, Arnold B; MASLACH, Christina. *Burnout at Work: A psychological perspective – current issues in world and organizational psychology*. New York, NY, USA: Psychology Press, 2014.

PRONER, André Luiz. *Neoescravidão no Estado Constitucional de Direito Contemporâneo: interpretação democrática do art. 149 do Código Penal*. Curitiba, 2010. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2010.

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

SOUZA, Diego de Oliveira; SILVA, Jamila Karen Alves; SILVA, Neuzianne de Oliveira. Reestruturação Produtiva, Novas Expressões Da Questão Social E Saúde No Contexto Neoliberal, ARTIGO. Revista Debate & Sociedade -Uberlândia - V. 2 / N.º 3, 2012,

SOUZA, JESSÉ. *A Construção Social da Subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

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

WEBER, Max (1864 - 1920). *A Ética Protestante e o Espírito Capitalista*. 10ª ed. SP: Editora Martin Claret Ltda. 2012.

**PARTE VI – LIBERDADE
SINDICAL E DIREITO DE GREVE**

REGISTRO SINDICAL E REPRESENTATIVIDADE

Paulo Roberto Lemgruber Ebert⁵⁸⁰

O Ministério do Trabalho e Emprego apresentou novas regras para a concessão de registro sindical, com vistas a breçar a utilização indevida dos mecanismos de dissociação e desmembramento para a proliferação de entidades sindicais de primeiro grau sem representatividade.

Recentemente o Ministro do Trabalho e Emprego Brizola Neto anunciou, com amplo destaque na imprensa, as novas regras para a concessão de registro sindical destinadas, segundo ele, a breçar a utilização indevida dos mecanismos de dissociação e desmembramento previstos na própria CLT para a proliferação de entidades sindicais de primeiro grau destituídas de efetiva representatividade.

As diretrizes ali anunciadas foram consolidadas na Portaria MTE nº 326, de 1º.3.2013, publicada no Diário Oficial da União de 4.3.2013, que se destina exclusivamente à regulamentação do registro e da alteração estatutária dos entes de primeiro grau (sindicatos), restando o cadastramento das entidades de grau superior (federações e confederações), submetido às normas constantes da Portaria MTE nº 186/2010.

580 Advogado. Professor universitário. Doutor em direito do trabalho e da seguridade social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB; Membro integrante do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania” da Universidade de Brasília (UnB).

Cumprir recordar que a competência do Ministério do Trabalho e Emprego para organizar o registro sindical decorre do entendimento consagrado já há algum tempo pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 144/SP e na Súmula nº 677, a propalar que enquanto não for promulgada lei específica sobre a matéria, caberá àquela pasta exercer o controle pertinente à observância da unidade sindical, desde que pautado por critérios objetivos (não-discrecionários).

É importante frisar, também, que naquela mesma oportunidade, a Corte Suprema descartou a possibilidade de utilização do antigo quadro prefixado de categorias obreiras e patronais como critério para a concessão de registro, haja vista sua incompatibilidade com o princípio da autonomia sindical (art. 8º, I, da Constituição Federal).

Desde então, o MTE vem regulamentando a matéria por intermédio de sucessivas portarias e instruções normativas que, em termos gerais, nunca estabeleceram maiores formalidades para o registro das novas entidades criadas por intermédio de desdobramento de categorias e bases territoriais mais específicas em relação a coletividades e áreas mais amplas. Como resultado disso, observou-se nos últimos vinte anos o crescimento exponencial de sindicatos constituídos sem qualquer legitimidade perante os respectivos grupos profissionais ou patronais (os chamados “sindicatos de cartório”), que atualmente atingem as dezenas de milhares.

Após longo período convivendo com tal situação, o MTE convocou as centrais sindicais para o debate e após colher delas sugestões, esboçou as linhas gerais de um novo marco normativo para a matéria, pautado por maiores exigências a serem atendidas pelas entidades postulantes ao cadastro, se comparado com as formalidades previstas na Portaria nº 186/2008 e nas normativas anteriores.

Em síntese, segundo noticiado pelo próprio MTE em sua página oficial e conforme se extrai do texto da Portaria nº 326/2013, a partir de agora os editais de convocação para as assembleias de fundação deverão apontar expressamente os sindicatos que perderão categoria(s) ou base(s) com a criação dos novos entes, facultando-se às entidades ali indicadas a apresentação de impugnação (art. 41).

Em se constatando o conflito de representação, o ente dissociante deverá convocar nova assembleia para ratificar sua criação, a fim de possibilitar, em tese, que os membros da categoria filiados às organizações preexistentes possam participar plenamente do processo de desmembramento ou dissociação (art. 19).

Ainda segundo a nova portaria, subsistindo o conflito entre a entidade postulante de cadastro e a organização preexistente, será convocada mediação e se

mesmo após isto a cizânia não for dirimida, o órgão passará à análise das impugnações e dos pedidos de registros apresentados (artigos 22 a 28). Nesse ponto específico, a notícia veiculada pelo Ministério destacou que os requerimentos em apreço serão analisados, por parte da Secretaria de Relações do Trabalho, segundo “critérios técnicos” e o próprio art. 25 da Portaria nº 326/2013 deu ênfase ao termo, sem especificar, todavia, quais seriam os tais “critérios técnicos”.

Merece destaque, ademais, por seu ineditismo em relação às normativas anteriores, o mecanismo previsto no art. 13 da Portaria nº 326/2013, a facultar à SRT a formulação de consultas ao Conselho de Relações do Trabalho – órgão bipartite formado por representantes de trabalhadores e de empregadores -, nas hipóteses em que a dissociação sindical envolver a criação de nova categoria profissional ou empresarial. Em tais casos, o Conselho opinará a respeito da presença em concreto dos requisitos constantes do art. 511 §§ 1º e 2º e do art. 570, parágrafo único, da CLT, a exigirem, para a formação de uma categoria diferenciada e de seu respectivo sindicato, “a solidariedade de interesses econômicos”, no caso dos entes patronais e “a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou do trabalho em comum”, no caso das entidades formadas por empregados.

É claro que o parecer do Conselho, em tais hipóteses, constituirá mera recomendação sem caráter vinculante para a SRT na análise em concreto do pedido de registro, pois, do contrário, estar-se-á a restaurar o vetusto enquadramento sindical, cuja desconformidade com a Constituição Federal já foi declarada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 144/SP.

No entanto, em que pesem os nobres propósitos do MTE no fito de combater a proliferação descontrolada de entidades sindicais de primeiro grau, os mecanismos previstos na Portaria nº 326/2013 nem sequer tangenciam a causa principal de tal problema, qual seja, a carência de efetiva representatividade das entidades postulantes de registro em relação às categorias a serem por elas albergadas.

Tal desencontro entre os interesses daqueles que procuram criar novos entes sindicais e os interesses das categorias profissionais e econômicas a serem representadas é fomentado ora pela compulsoriedade da contribuição sindical, ora por disputas de poder no âmbito de uma determinada entidade. De fato, não é segredo para ninguém que grande parte daquelas milhares entidades cadastradas no MTE são formadas com vistas ao recolhimento de tal verba no início do mês de abril de cada ano ou com vistas a acomodar chapas derrotadas nos processos eleitorais dos sindicatos de origem.

Para atacar o problema de frente, não basta ampliar as exigências concernentes à protocolização dos pedidos de registro ou criar novos obstáculos e instâncias para o deferimento dos pleitos. Faz-se necessário, nesse sentido, que o MTE estabeleça em suas normativas internas critérios objetivos voltados para a mensuração da representatividade exercida pelos entes que pretendem se dissociar ou se desmembrar de organizações preexistentes. A título exemplificativo poder-se-ia pensar, para as entidades obreiras, na análise em concreto do número de associados em relação à totalidade da categoria em uma dada base territorial e, para as organizações patronais, na verificação da quantidade de empresas de uma determinada região a ela associadas.

Nesse caso, as entidades postulantes de registro somente o ganhariam se demonstrassem possuir maior adesão das categorias profissionais e econômicas no espaço territorial por elas pretendido ou, do contrário, o cadastro sindical permaneceria com a entidade a sofrer o desmembramento ou dissociação. Para tanto, o MTE poderia exigir das organizações requerentes e das impugnantes as listagens atualizadas de associados e a relação dos empregados e empresas em atividade nas respectivas bases ou mesmo se valer das riquíssimas informações disponibilizadas pelo CAGED, tendo, com isso, critérios objetivos para a aferição em concreto da maior representatividade.

É importante frisar que a implementação de tal sistemática por parte do MTE não malferiria o princípio da unicidade sindical, de cuja cura foi ele incumbido pelo Supremo Tribunal Federal, pois a exclusividade de representação em relação a uma dada categoria em uma determinada base territorial seria concedida à entidade que lograsse atingir, em maior medida, aqueles critérios objetivos de aferição. Caso surgisse, com o passar do tempo, outra associação mais representativa que viesse a requerer seu registro perante o Ministério, o ente pré-anotado perderia seu posto, observando-se, naturalmente, o devido processo administrativo em tal hipótese.

Importa ressaltar, por fim, que a sistemática de concessão de prerrogativas sindicais em proporção ao número de filiados é amplamente utilizada, há muito tempo, pela legislação de países como Estados Unidos, Espanha, Portugal e Itália, tendo sido, inclusive, respaldada expressamente pela Organização Internacional do Trabalho no âmbito de seu Comitê de Liberdade Sindical em sucessivas oportunidades.

Em suma, a despeito das boas intenções a ensejarem a edição da Portaria nº 326/2013 por parte do MTE e dos avanços a constarem do texto desta última,

suas diretrizes longe estão de afetar o cerne do problema concernente à proliferação desmesurada de sindicatos de primeiro grau. Somente o controle em torno da representatividade dos entes de trabalhadores e empregadores não apenas no momento da apresentação dos pedidos de registro ou das impugnações, mas ao longo de toda a sua existência associativa, impedirá que organizações destituídas de respaldo em suas respectivas categorias retirem de tais grupos os mecanismos de defesa coletiva dos legítimos interesses dos trabalhadores e das empresas.

Ao assim proceder, o Ministério do Trabalho estará zelando pela efetiva representatividade dos sindicatos em relação às suas respectivas categorias e, em última instância, pela própria vinculação daquelas entidades ao princípio democrático – que, num Estado Democrático de Direito, conduz toda e qualquer organização voltada para a defesa de interesses coletivos - sem descuidar, com isto, da tarefa de velar pela observância em concreto da unicidade sindical mantida no art. 8º, II, da Constituição Federal.

TERCEIRIZAÇÃO E SINDICATOS: A PRECARIZAÇÃO DA DEFESA DOS INTERESSES DOS TRABALHADORES

Alberto Emiliano de Oliveira Neto⁵⁸¹

1. TERCEIRIZAÇÃO. BREVE NOTÍCIA DA PRECARIZAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO

O direito do trabalho integra sistema de proteção elaborado pelo Estado (não necessariamente por motivos nobres) para regular a relação jurídica entre o detentor dos meios de produção (empregador) e o desprovido desses meios de produção que recorre à venda da força de trabalho humana em prol da sobrevivência (empregado).

Essa relação jurídica restou classificada como relação de emprego e passa a ser regulada por cláusulas que integram o contrato de trabalho. Referidas cláusulas têm como fonte principal a legislação estatal, merecendo destaque a atuação supletiva da negociação coletiva entre representantes dos trabalhadores e dos empregadores (sindicatos) materializada instrumentos normativos coletivos (acordos e convenções coletiva de trabalho).

Os conceitos de empregado e empregador são definidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (artigos 2º e 3º). O texto legal, portanto, delimita o conteúdo desses protagonistas para fins de classificar determinada relação jurídica como relação de emprego. A subordinação e a pessoalidade acabam por distinguir

581 PROCURADOR DO TRABALHO. MESTRE EM DIREITO DO TRABALHO PELA PUC/SP. PESQUISADOR DO GPTREC.

a relação de emprego de outras modalidades de contratação cujo objeto é a prestação de serviços. Ao recorrer ao trabalho subordinado, o empregador acaba por sucumbir ao regramento instituído pelas normas trabalhistas. Para tanto, além da formalização da relação jurídica mediante a assinatura da Carteira de Trabalho, restará ao “empreendedor” atentar para cláusulas vinculativas previstas na legislação, tais como limites diários e semanais da jornada de trabalho, intervalos para descanso, férias remuneradas, FGTS dentre outros.

O direito do trabalho, igualmente, é fruto do sistema de produção que rege as relações de trabalho. Efetivamente o método adotado pelo capitalista na execução da atividade econômica repercute no sistema de regulação da compra e venda da força de trabalho humana, elemento essencial ao processo produtivo.

Na lição de Ricardo Antunes (2005:25), o fordismo pode ser entendido como forma pela qual a indústria e o trabalho consolidaram-se ao longo do século XX, cujos elementos constitutivos básicos eram dados pela produção em massa, através da linha de montagem e de produtos mais homogêneos; através do controle dos tempos e movimentos pelo cronômetro taylorista e da produção em série fordista; pela existência do trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre elaborações e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição do trabalhador coletivo fabril.

Os modelos de produção fordista e taylorista influenciaram a construção desse sistema de produção aplicável à relação de emprego. A organização do sistema de produção vislumbra a subordinação como elemento essencial à execução do processo produtivo, restando ao direito do trabalho o papel de regulador dessa peculiar relação jurídica (RAMOS FILHO, 2012:142/149).

Após um longo período de acumulação de capitais durante o apogeu do fordismo e da fase keynesiana, o capitalismo, a partir do início da década de 1970, começou a dar sinais de um quadro crítico marcado por queda da taxa de lucro, esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção, hipertrofia da esfera financeira, maior concentração de capitais, crise do *welfare state* e incremento acentuado das privatizações (ANTUNES, 2003:29/30).

O modelo toyotista, marcada pela redução dos estoques e maior diversificação, é apropriado pela indústria e acaba por influenciar de forma irreversível as relações de trabalho. As empresas passam a se estruturar de forma horizontal, ao passo que recorrem a outras empresas, inclusive no exterior (outsourcing) para a execução de partes do processo produtivo. Ao se fragmentar a produção, os empregados acabam

sendo espalhados entre diversas empresas, resultando em decisiva influência na forma de organização dos mesmos. Se até então a discussão por melhores condições de trabalho ocorria em uma única unidade ou perante um único empregador, nesse novo modelo de produção a desmobilização dos trabalhadores é consequência nefasta ao processo de busca de melhores condições de trabalho.

O toyotismo estrutura-se a partir de um número mínimo de trabalhadores, horas extras, contratos temporários, e subcontratação. Ao contrário da verticalização fordista, no toyotismo tem-se uma “horizontalização”, reduzindo-se o âmbito de produção da empresa e estendendo-se às subcontratadas (terceiras) a produção de elementos básicos que no fordismo são atribuídos a empresa principal. Essa “horizontalização” acarreta a expansão dos métodos e procedimentos adotados no toyotismo (*kangan*, *just in time*, flexibilização, terceirização, subcontratação e outros) para toda a rede de fornecedores (ANTUNES, 2005:35/36).

Giovanni Alves destaca discussão travada na literatura europeia a respeito da precariedade no empregado caracterizada pelo “bad jobs” ou “poor jobs”, situação laboral que se opõe ao contrato de trabalho tradicional que assegura um trabalho a tempo inteiro, com duração indeterminada e com proteção social. O trabalho precário, portanto, caracteriza-se pela insegurança no emprego, perda de benefícios sociais, salários baixos e descontinuidade nos tempos de trabalho (2013:148).

Portanto, as empresas não mais se estruturam verticalmente, reunindo todas as atividades em um mesmo espaço. Passam a organizar-se de forma horizontal, concentrando-se em suas atividades principais e repassando a outras empresas suas atividades acessórias com o objetivo de otimizar o processo produtivo. A esse processo foi dado o nome acumulação flexível. Essa técnica de administração é mundialmente denominada subcontratação ou externalização. No Brasil, recebeu o nome de terceirização (CARELLI, 2004:15 e 44).

Em se tratando da tutela jurídica da relação de emprego, serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação social trabalhista, estando a autonomia da vontade das partes limitada pelas disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos e às decisões das autoridades competentes (CLT, artigos 9º e 444).

As cláusulas essenciais do contrato de trabalho, pois, são vinculativas, não sendo possível aos particulares, empregadores e trabalhadores, salvo raríssimas exceções, afastarem sua incidência às relações contratuais trabalhistas.

A esse respeito, a terceirização surge como elemento que desafia a compreensão dos operadores do direito, especificamente no direito do trabalho, ao passo

que insere um terceiro elemento na relação jurídica materializada pela prestação de serviço.

Segundo Maurício Godinho Delgado, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços da responsabilidade trabalhista (2002:417).

Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim denunciam os pontos negativos da terceirização a partir da divisão entre controle externo e controle interno da produção. Pelo primeiro, apura-se a construção de novos mecanismos de relações interempresariais que se estabelecem prioritariamente por estratégias combinadas de demissões em massa e de criação de empregos precários e flexíveis. Já o controle interno, próprio do toyotismo, diz respeito a mecanismos combinados de produção enxuta e de pronto atendimento (*just in time*), tendo por meta alcançar a qualidade total do processo produtivo (2014:13/18).

No sistema jurídico brasileiro o legislador infraconstitucional com passar dos anos editou instrumentos normativos destinados a regular a prática da terceirização em setores específicos. Em ordem cronológica, cita-se o Decreto n. 200/67 que trata da terceirização na administração; a Lei n. 6.019/74 que versa sobre o trabalho temporário; e a Lei n. 7.102/82 a respeito da atividade de vigilância patrimonial bancária.

A lei do trabalho temporário, no âmbito privado, representa a primeira rachadura da estrutura de trabalho subordinado que atua como fundamento do sistema de contratação consolidado pela legislação trabalhista (CARELLI, 2004:18). Realmente, a CLT, com exceção do contrato de empreitada (CLT, artigo 455), não faz menção a qualquer hipótese de terceirização. Portanto, restou ao Tribunal Superior do Trabalho - TST a tarefa de definir parâmetros para a terceirização, considerando-se a inexistência de instrumento normativo mais abrangente.

O TST começou pela edição do Enunciado n. 256, cuja redação noticiava a adoção de entendimento restritivo a respeito da matéria, ao passo que sustentava a legalidade da terceirização tão somente nas hipóteses de trabalho temporário e de serviços de vigilância bancária⁵⁸².

582 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas

Com o objetivo de regular de forma mais abrangente a matéria, tratando, inclusive, da terceirização no setor público, no ano de 1994 foi editado o enunciado n. 331, atualmente intitulado súmula. A redação da Súmula n. 331 sofreu alterações com passar dos anos, sendo a mais recente consequência de decisão o Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do artigo 71 da Lei n. 8.666/93.⁵⁸³

Mas recentemente, considerando a ilegalidade no procedimento da empresa CENIBRA que terceiriza a sua atividade finalística, o Ministério Público do Trabalho propôs Ação Civil Pública destinada à obtenção de tutela inibitória em face do ilícito apurado. Referida ação logrou êxito em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, rendendo ensejo, ao final, à apresentação de Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal - STF que, diante da recusa de sua admissibilidade, desdobrou-se em Agravo perante aquele Corte (ARE 713211).

Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

583 Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Inicialmente, o ministro relator, Luiz Fux, não deu provimento ao agravo sob fundamento de não teria a parte recorrente prequestionado os dispositivos constitucionais tidos por violados e que seria necessário o reexame de matéria fática e legal. A Primeira Turma do STF negou provimento ao agravo regimental protocolado pela empresa. Finalmente, em embargos de declaração, obteve-se o processamento do recurso extraordinário sob o fundamento de que a proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim poderia interferir no direito fundamental de livre iniciativa, bem como em ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da Constituição Federal⁵⁸⁴.

Destaca-se também o julgamento do Processo ARE 791932, sob a relatoria do ministro do STF Teori Zavascki, que em decisão recente acolheu pedido formulado pela Contax S/A, pela Associação Brasileira de Teleserviços (ABT) e pela Federação Brasileira de Telecomunicações (as duas últimas na condição de *amici curiae*) e determinou, via repercussão geral, o sobrestamento de todas as ações em trâmite na Justiça do Trabalho que discutam a validade de terceirização da atividade de *call center* pelas concessionárias de telecomunicações.

Acatou o ministro relator a tese apresentada pela empresa recorrente no sentido de que a não aplicação do artigo 94, inciso II, da Lei 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações) pelos TST implicaria em desrespeito à cláusula constitucional de reserva de plenário (CF, artigo 97) e à Súmula Vinculante 10 do STF.

584 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. 1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O *thema decidendum*, in casu, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da **liberdade de contratar**, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC (ARE 713211 RG / MG. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 5874167).

Tais processos, marcados pelo instituto da repercussão geral, colocam a comunidade jurídica trabalhista em alerta, tendo em vista a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade da Súmula n. 331 do TST e as consequências decorrentes para a tutela razoável dos direitos dos trabalhadores.

Não custa lembrar que, nas relações de trabalho ocorridas em território brasileiro, a terceirização é marcada por empregos precários e transitórios. As empresas prestadoras de serviço necessitam de grande flexibilidade e mobilidade externa, conforme os movimentos do mercado, já que estão submetidos a ambiente de acirrada concorrência em relação aos contratos de prestação de serviço. Nesse quadro, objetivando a manutenção de suas atividades, acabam por promover a redução salarial e de benefícios sociais dos trabalhadores contratados (DELGADO e AMORIM, 2014:39/49).

2. EFEITOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATUAÇÃO DO SINDICATO PROFISSIONAL

Os sindicatos sempre basearam sua atuação na reivindicação de direitos comuns à classe trabalhadora representada. Essa coesão era fortalecida pela prevalência dos modelos fordista e taylorista de produção com grande concentração nas indústrias da mão de obra com faixas salariais semelhantes (SANTOS, 2014:215).

A globalização e a modificação dos processos de produção estão relacionadas à diversificação de funções, à proliferação das unidades de produção espalhadas em diversos países, à terceirização, ao repasse de atividades a empresas menores, ao repasse de atividades a empresas situadas em outros países nos quais o custo da mão-de-obra e os impostos são menores, dentre outros aspectos. Este contexto acaba por influenciar decisivamente o movimento sindical.

Ricardo Antunes relaciona a queda dos índices de sindicalização às mudanças no mundo do trabalho, dentre as quais destaca a mudança da forma de ser da classe trabalhadora que se tornou mais heterogênea, fragmentada e complexa. E prossegue noticiando o desmoronamento do sindicalismo vertical, herança do fordismo e mais vinculado à categoria profissional, mais corporativo. Este tem se mostrado impossibilitado de atuar como um sindicalismo horizontalizado, mais capacitado para aglutinar todo o conjunto de trabalhadores, os estáveis e os precários (2005:67/70).

A partir do final da década de 1970 intensas foram as modificações socioeconômicas relacionadas ao processo de internacionalização da economia mundial. A abertura dos mercados, a importância do capital financeiro, a ampla liberalização do comércio exterior e a desregulamentação da economia deram início ao desenho de uma reestruturação capitalista. Essa reestruturação tende a impulsionar as metamorfoses do trabalho industrial e a fragmentação da classe trabalhadora. É nesse quadro de descentralização produtiva, originado do modelo toyotista, que o processo de terceirização aparece como óbice à atuação coletiva dos sindicatos (MASSONI, 2007:22/26).

Os sindicatos estão aturdidos. Distanciam-se crescentemente do sindicalismo e dos movimentos sociais classistas dos anos de 1960 e 1970, que propugnavam pelo controle social da produção, aderindo ao acrítico “sindicalismo de participação” e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem (ANTUNES, 2005:43).

A terceirização acarreta a fragmentação da representatividade sindical, o que impede a união de forças em um único sindicato representativo. Da mesma forma, alerta-se para a situação dos trabalhadores informais que, por não integrarem categoria alguma, acabam sem representação sindical.

A organização das empresas em rede, as terceirizações, a produção *just in time* e a crescente heterogeneidade da classe operária são fenômenos tão graves que têm levado alguns autores a sustentar que o sindicato seria incompatível com o novo modelo produtivo (VIANA, 2014:295).

O esfacelamento jurídico da coletividade do trabalho é um dos impactos mais marcantes da reestruturação produtiva no direito do trabalho e nas relações coletivas de trabalho. A ampliação da utilização de trabalhadores temporários, de mecanismos de triangulação de empregos e de trabalhadores autônomos ou falsamente autônomos, traz para o conjunto da atividade empresarial e para o mundo do trabalho indivíduos passageiros e desenraizados daquela coletividade, dificultado a construção de identidades coletivas. Além de gerar relações pessoais e profissionais mais precárias, levam a um progressivo esvaziamento do campo de incidência dos acordos e convenções coletivas do próprio direito do trabalho (SILVA, 2008:114/116).

A fragmentação da força de trabalho em duas categorias diversas de trabalhadores, os centrais e os periféricos, atua sobre o processo de construção da identidade coletiva dos trabalhadores submetidos à exploração capitalista de forma destrutiva (RAMOS e DUTRA, 2014:355).

Ao excluir os trabalhadores da categoria profissional vinculada à sua atividade econômica, a terceirização frustra a organização desses em torno do sindicato que representa seus reais interesses, minando-se a força de coalização para negociar e conquistar melhores condições aos trabalhadores representados. A organização sindical e o direito de greve são esvaziados pela terceirização. A alta rotatividade dificulta o exercício do direito de greve. Igualmente, o sistema de concorrência de mercado a que são submetidas as prestadoras de serviço impede que alcancem o mesmo patamar de garantias conquistadas pelo sindicato que negocia com a empresa principal (DELGADO e AMORIM, 2014:56/66).

3. CATEGORIA ECONÔMICA. A DESATUALIZAÇÃO DO CONCEITO FRENTE À REALIDADE DO PROCESSO DE PRODUÇÃO

Maurício Godinho Delgado (2002:1303/1307) estabelece critérios de agregação dos trabalhadores ao sindicato profissional. São quatro critérios: 1) por ofício ou profissão (categoria diferenciada - (CLT, artigo 511, § 4º); 2) por empresa (incompatível com o sistema jurídico brasileiro); 3) por ramo ou segmento empresarial (modelo alemão); 4) por categoria profissional (CLT, artigo 511, § 2º).

A CLT estabelece o conceito de categoria profissional nos seguintes termos: “§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.”

A atividade econômica desenvolvida pelo empregador define a categoria profissional, conceito esse necessário à identificação do sindicato que representará o trabalhador. Por exemplo, os trabalhadores de empresa metalúrgica integram o sindicato profissional dos trabalhadores metalúrgicos. Igualmente, os trabalhadores contratados por bancos contam com a representação do sindicato dos bancários e assim sucessivamente. Tal critério de agregação persiste ainda que o trabalhador contratado não execute atividade correlata à atividade econômica desenvolvida pelo empregador, salvo na hipótese da existência de sindicato que represente a respectiva categoria diferenciada.

No caso da terceirização, os trabalhadores contratados pelas empresas prestadoras de serviço, segundo o entendimento vigente, integram categoria profes-

sional diversa e, portanto, são representantes por sindicato distinto daquele que representa os trabalhadores contratados pela tomadora.

Dentre outros aspectos, apuram-se instrumentos normativos distintos, cujo conteúdo é incapaz de garantir isonomia a trabalhadores que dividem o mesmo espaço de trabalho. Portanto, a descentralização do processo de produção somando ao conceito de categoria permite que um mesmo ambiente de trabalho conte com trabalhadores representados por diversas entidades sindicais, cuja representatividade e efetiva defesa dos trabalhadores deixa a desejar.

Ao discriminar trabalhadores contratados diretamente e subcontratados por empresas prestadoras de serviço, o modelo de produção toyotista acaba por fragmentar o sistema de representatividade sindical. O espírito de solidariedade necessário ao engajamento sindical pelos trabalhadores padece diante da precária condição de trabalho a que são submetidos os trabalhadores terceirizados.

No que concerne aos empregados formais e aos precarizados, tem-se que esses trabalhadores encontram-se separados por um abismo que se refere às condições de trabalho, condições salariais e acesso a benefícios. A possibilidade de desenvolvimento de solidariedade nesse ambiente, portanto, é mínima. A dinâmica empresarial fragmentária, que supervaloriza as capacidades individuais e subdivide os trabalhadores em grupos hierárquicos tende a engendrar, como decorrência da busca individual pela sobrevivência de mercado, uma insensibilidade às diferentes capacidades e até mesmos aos riscos sociais. E diante dessa conjuntura, o convívio profissional que antes era uma fonte de estabelecimento de vínculos de solidariedade perde a aptidão de gerar reconhecimento (RAMOS e DUTRA, 2014:355/356).

O conceito de categoria foi forjado a partir do sistema fordista-taylorista de produção. Portanto, trata-se de instituto jurídico incapaz de garantir às entidades sindicais possibilidade de efetiva defesa dos interesses dos trabalhadores em momento histórico marcado pela descentralização do processo de produção.

A propósito, permanece na organização sindical brasileira o sistema da unidade sindical. Trata-se de princípio presente desde o corporativo varguista e, atualmente, consolidado pelo artigo 8º, II, da Constituição Federal:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou

empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

O legislador constitucional tentou, em vão, a realização de um milagre. Ao assegurar a liberdade sindical, deveria ter primado por um mínimo de coerência (NASCIMENTO, 2007:648). Estabelece o artigo 8º, *caput*, da Constituição a liberdade de associação sindical e profissional. Contudo, o modelo pátrio apresenta certas incongruências, tais como a unicidade sindical e a cobrança da contribuição sindical em prejuízo a todos os trabalhadores integrantes da categoria econômica, mesmo os não filiados ao sindicato profissional beneficiado.

Além da fragmentação da representatividade, destaca-se que a negociação coletiva realizada pelo sindicato que representa as empresas contratados pelo tomador tende se a ser mais benéfica em relação às negociações coletivas desenvolvidas pelos sindicatos que representam os trabalhadores prestadores de serviço. Essa conclusão decorre da natureza precarizante da terceirização conforme demonstrado anteriormente.

Não custa lembrar que determinadas entidades sindicais se “abraçam” ao conceito de unicidade e categoria profissional para fins de se legitimarem à percepção da contribuição sindical compulsória prevista em lei e preservada pela Constituição de 88.

A unicidade sindical estabelecida na Constituição Federal não pode atuar como obstáculo intransponível a efetiva atuação das entidades sindicais em prol da defesa dos trabalhadores. O conceito de categoria, a propósito, é legal e não constitucional, o que permite sua efetiva interpretação até para se garantir a plenitude da liberdade sindical assegurada na Constituição Federal de 1988.

Além da dinâmica que supervaloriza as capacidade individuais e subdivide os trabalhadores em grupos hierárquicos induzindo-se à competitividade, a unicidade sindical, o enquadramento sindical por categoria e a contribuição sindical compulsória, com a interpretação que classicamente lhes foi emprestada pela doutrina trabalhista, inviabilizam e frustram as iniciativas de representação do grupo de trabalhadores envolvidos com todo o processo de produção por um único sindicato (RAMOS e DUTRA, 2014:359).

Destaca-se que o enquadramento por categoria profissional vem se mostrando prejudicial aos trabalhadores em decorrência de um critério altamente especializado da atividade econômica desenvolvida pelo empregador. Cita-se, por exem-

plo, a criação de determinada entidade sindical para representar os trabalhadores das indústrias de camisetas brancas.

A esse respeito, novamente Maurício Godinho Delgado defende a interpretação ampliativa do conceito de categoria profissional com o objetivo de reforçar a atuação dos sindicatos. A ideia de similitude de condições de vida e labor, em função do vínculo do trabalhador à atividade econômica empresarial similar ou conexas (CLT, artigo 511, § 2º) permite o alargamento dos sindicatos e não seu desfinhamento como verificado nos últimos anos (2002:1305).

Reconhecida a existência de redes de empregadores organizando-se em cadeias por meio do recurso à terceirização, também deve ser possibilitada a representação de todos os trabalhadores envolvidos nessa teia produtiva por um único sindicato, que seja capaz de enxergar o mercado em sua amplitude e que tenha condições de fazer frente a esse coletivo empresarial que se coloca em um dos polos do conflito capital x trabalho (RAMOS e DUTRA, 2014:360).

Semelhantemente ao que fez no passado, resta ao sindicato se reinventar. Deverá imitar os movimentos da empresa, globalizando-se sem perder de vista o território, diversificando-se sem esquecer da unidade, e repensando a cada instante as suas ações (VIANA, 2014:296).

Resta ao legislador infraconstitucional estabelecer o conceito de categoria, já que a unicidade foi definida no Texto Constitucional. Daí a importância da revisão do conceito de categoria previsto na CLT, cuja elaboração foi marcada pela concepção fordista taylorista de produção.

Em tempos de descentralização e terceirização toyotista, o conceito de categoria deve ser revisto para fins de possibilitar a atuação uniforme da entidade sindical em benefício de todos os trabalhadores que dividem o mesmo ambiente de trabalho, ainda que contratados por empregadores distintos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *Dimensões da precarização do trabalho. Ensaios de sociologia do trabalho*. Bauru: Canal 6, 2013.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaios sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho. Ensaios sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitutivos da terceirização*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade sindical*. São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Problemas que dificultam a reforma sindical*. São Paulo: Revista LTr, nº. 71, junho/2007, fls. 647/653.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho. História, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo, LTr, 2012.

RAMOS, Gabriel de Oliveira. DUTRA, Renata Queiroz. *Tendências desmobilizadoras oriundas da terceirização e da precarização trabalhista: reflexos na atuação sindical*. In DELGADO, Gabriela Neves e BRITTO, Ricardo José Macedo de. (Coordenadores). *Trabalho, Constituição e cidadania. A dimensão coletiva dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2014, p. 351-363.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho. Configurações institucionais do Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. *Sindicato e trabalhador: a flexibilidade por meio do sujeito*. In DELGADO, Gabriela Neves e BRITTO, Ricardo José Macedo de. (Coordenadores). *Trabalho, Constituição e cidadania. A dimensão coletiva dos direitos sociais*. São Paulo: LTr, 2014, p. 287-297.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E O DIREITO DE GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS

Adriana da Costa Ricardo Schier⁵⁸⁵

1. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO – A CONTROVÉRSIA

O Direito Administrativo brasileiro, principalmente após a década dos anos 90, com a Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso vivenciou um momento de enorme influxo de ideais e reflexões.

A discussão, em âmbito mundial, sobre os novos papéis atribuídos ao Estado e às estruturas administrativas, em pauta desde meados da década de 1990, e as mudanças ocorridas nos cenários político e econômico brasileiro desembocaram na produção de uma doutrina nacional ora vinculada aos valores da Constituição de 88, recém-promulgada, ora ligada às pretensas novidades de algumas das Emendas, editadas, principalmente, a partir do início dos anos 90.⁵⁸⁶

585 A autora é Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e das Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil e advogada militante.

586 Ver, sobre o tema, SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.) **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 285-298.

É inegável que a Constituição Federal de 1988, ao explicitar um regime jurídico administrativo ao qual devem se submeter todas as entidades da Administração Pública brasileira, incluindo autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, atendeu ao reclamo da doutrina administrativista que, desde há muito, vinha se pronunciando pela necessidade de democratização da máquina pública.⁵⁸⁷

Ainda que alguns critiquem o que chamam de “retrocesso burocrático”,⁵⁸⁸ é certo que a Carta de 88 trouxe mecanismos que permitiram assegurar, no plano da estrutura e das funções administrativas, a emergência de uma sociedade democrática, pautada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.⁵⁸⁹

Destarte, tem-se a consagração de um regime de prerrogativas e sujeições para a Administração Pública comprometido com os valores do Estado Social e Democrático de Direito. O art. 37, da Carta Magna, estabeleceu como vetores da Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Mais tarde, com a Emenda Constitucional n.º 19/98, seria acrescentado, ainda, o princípio da eficiência.

De tais princípios expressos no citado artigo decorrem ainda vários outros que traduzem um projeto democrático de Administração Pública. Cite-se, assim, os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, como decorrência direta do princípio da legalidade.⁵⁹⁰ Ou, ainda, a garantia do devido processo legal administrativo e a consagração dos princípios implícitos da boa-fé e da

587 Dentre tantos autores que se preocuparam em desenvolver o tema, cite-se FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. *RDA*, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986.

588 “os constituintes de 1988, ao invés de avançar nas conquistas de 1967, optaram por um retrocesso burocrático que ignorou todas as tendências recentes da administração pública. O resultado foi o surgimento de privilégios inaceitáveis e em um enorme aumento do custo do aparelho governamental, sem que em nada melhorassem os serviços prestados pelo Estado.” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma social democrática**. *Folha de S. Paulo*, 17.10.1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=809>. Acesso em: 17/04/2015). A mesma ideia o autor ressalta em PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

589 BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.

590 Ver, sobre o tema, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 113 e FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

segurança jurídica. Ressalta de importância, ademais, o princípio da participação popular na Administração Pública,⁵⁹¹ previsto, por exemplo, no art. 37, § 3º, da CF/88.

O constituinte de 88, contudo, não se limitou à prescrição de um conjunto de princípios delimitadores da atuação administrativa. Foi além ao estabelecer uma plêiade de regras que permite a concretização da miríade de valores plasmados no texto constitucional. Assim, a padronização da exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos, o regime austero quanto à remuneração dos agentes, o novo tratamento da improbidade administrativa, a regulamentação da matéria de licitações e a exigência de processo administrativo disciplinar com as garantias do devido processo legal são algumas dentre tantas outras hipóteses que poderiam ser aqui citadas.

Com base nesse arcabouço jurídico, e nas legislações que o sucederam, a doutrina administrativista pátria, em sua grande maioria, realizando a chamada *filtragem constitucional*,⁵⁹² procurou reconstruir o Direito Administrativo “permeado pela busca de uma normatividade integral da Constituição, em todas as suas dimensões, a partir dos dados encerrados no seu próprio texto, na sua própria história”.⁵⁹³

Todavia, com o avanço da globalização e do neoliberalismo e com a acolhida, no Brasil, de um pensamento voltado ao paradigma gerencial, assistiu-se a um momento de edição de diversas Emendas Constitucionais. Essas buscavam, de forma evidente, rever os valores inspiradores do constituinte originário no campo da Administração Pública.

A partir daí, em meados da década de 1990, foi possível identificar uma ruptura no pensamento publicista nacional. De um lado, aqueles que permaneceram defendendo a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo tra-

591 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Participação popular na administração pública**. O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

592 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 25. Para esse autor “(...) o fenômeno tomado como objeto de estudo refere-se a que, *diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional*. Tal processo de *filtragem constitucional*, decorrente da força normativa da Constituição, inaugura certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do Direito (...)” (Idem). (Destaque no original.)

593 *Ibidem*, p. 97.

zido originariamente pela CF/88, voltado aos moldes burocráticos, mas permeado por mecanismos de participação popular e, de outro, os que, adeptos da Reforma Administrativa, pretendiam a adoção irrestrita de institutos que traduzissem a nova mentalidade gerencial. No meio desses grupos, era possível identificar, ainda, um extenso número de autores que pautaram suas obras na releitura dos antigos institutos do Direito Administrativo, procurando uma unidade nas normas constitucionais, mesmo diante da convivência de instrumentos de gestão informados por modelos diferentes, burocrático e gerencial.

Nesse quadro, já no início da presente década, há autores que vêm alegando um *déficit* teórico no Direito Administrativo,⁵⁹⁴ argumentando que a construção teórica desse ramo do Direito, nos moldes tradicionais, não seria capaz de explicar as transformações pelas quais o Estado passou no último século. Para eles, “o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa.”⁵⁹⁵ Sustentam que as reais necessidades e os desejos da sociedade contemporânea não podem ser atendidos satisfatoriamente por uma doutrina defasada há mais de um século e em cuja base residem os fundamentos de uma administração pública autoritária.⁵⁹⁶

Nessa toada, Gustavo BINENBOJM propõe uma mudança paradigmática que implicaria fazer ruir o arcabouço dogmático desse velho ramo do direito, sustentada em quatro vetores: (i) deslocar o eixo da vinculação administrativa à juridicidade em relação à Constituição e não mais à lei; (ii) vincular juridicamente o conceito de interesse público a um juízo de ponderação; (iii) estabelecer balizas principiológicas para a discricionariedade, definindo-se em graus de vinculação à juridicidade (iv) admitir um espaço próprio para autoridades independentes, de modo a limitar o exercício do poder pelo Chefe do Executivo.⁵⁹⁷

594 DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

595 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

596 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23. Por certo, o autor não foi o primeiro a sustentar que mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 mantém-se um direito administrativo autoritário. Veja-se, por exemplo, CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional e de teoria do direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 29.

597 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 25-26.

Em face dos limites e do objeto do presente trabalho, não se enfrentará a discussão sobre a extensão da validade ou legitimidade das teses elencadas pelo autor.⁵⁹⁸ Não se pode deixar de referir, contudo, que é possível identificar uma relevante produção teórica no cenário nacional, mesmo desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, que enfrenta as questões propostas na obra citada, inclusive como reconhece o autor. Nesses termos, quanto à adoção da Constituição como fonte de legitimidade da atuação administrativa, verifique-se, por exemplo, o pensamento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA⁵⁹⁹ e Romeu Felipe BACELLAR FILHO.⁶⁰⁰ Quanto ao controle do ato discricionário e sua vinculação aos princípios constitucionais, pode-se citar a obra de Juarez FREITAS⁶⁰¹. Quanto à admissão de um espaço próprio para as autoridades independentes, os autores que se debruçaram sobre o tema das agências o fizeram, quase à unanimidade, para reforçar a necessidade de sua atuação com a maior autonomia possível em relação ao Chefe do Executivo.⁶⁰² Tudo isso para não mencionar que, já na década de 1960, Seabra FAGUNDES impunha a necessidade de vincular-se a prática do Direito Administrativo às disposições constitucionais, observando-se os direitos fundamentais.

As obras citadas ilustram o movimento voltado à construção de um Estado Democrático de Direito ainda anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988,⁶⁰³ admitindo também o Direito Administrativo como um espaço de luta e como instrumento de emancipação.⁶⁰⁴ Com isso, buscava-se a superação tanto do

598 Para tanto, veja-se a obra de GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 259.

599 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 49.

600 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 129.

601 FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126-146.

602 Ver, por todos, MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. São Paulo: Manole, 2003.

603 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 274. A referência foi feita, anteriormente, por Emerson GABARDO, que notou que “Miguel Seabra FAGUNDES, já na década de 50 do século passado, afirmava o respeito aos direitos fundamentais (individuais, políticos e sociais) como condição de validade da atuação administrativa.” (GABARDO, Emerson. **Interesse público...**, p. 125).

604 CLÈVE Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 46-49.

discurso legalista de matriz positivista quanto daquele irracionalista, atribuindo-se ao Direito a função de intervir na realidade para construí-la de acordo com um específico ideal de justiça, fundado na dignidade da pessoa humana. Destarte, construiu-se “um novo discurso jurídico, alternativo e emancipatório”, o que “exigia uma releitura da epistemologia e do papel dos operadores jurídicos (...). Neste novo contexto, há espaço para a utopia, o sonho e a esperança, eis que a perplexidade frente a um mundo cada vez mais complexo desafia a capacidade criadora dos homens”.⁶⁰⁵

É a linha sustentada pela chamada *dogmática constitucional emancipatória*, que “procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva”⁶⁰⁶ capaz de contribuir “para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira”.⁶⁰⁷

São fixadas, assim, as bases teóricas para a reconstrução dos institutos do Direito Administrativo, a partir de uma nova sistemática, pautando-se na constitucionalização desse ramo, na qual “a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias jurídicas”.⁶⁰⁸

Admite-se, assim, que toma-se por pressuposto que a Administração Pública está alicerçada “na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.”⁶⁰⁹

Nesse contexto, desponta uma acirrada discussão principalmente entre administrativistas e constitucionalistas sobre o consagrado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, compreendido como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público,”⁶¹⁰ que “proclama a superioridade do

605 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem...**, p. 39-41.

606 CLÈVE, Clèmerson Merlin. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003, p. 18.

607 Idem.

608 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 26.

609 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios...**, p. 61-64.

610 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso..., p. 69.

interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.⁶¹¹

Nessa seara parece haver uma pretensa dissonância de ideias entre autores que, em última análise, preconizam e defendem uma leitura democrática do Direito.

Para alguns dos brilhantes constitucionalistas brasileiros da nova geração⁶¹² tal princípio, se existente, seria utilizado com a finalidade de permitir manipulações interpretativas a favor da Administração Pública, legitimando soluções autoritárias em desfavor dos direitos fundamentais.

Tal levante de ideias provocou verdadeira comoção no Direito Administrativo brasileiro, justamente porque nesse ramo do Direito acredita-se que a supremacia do interesse público sobre o privado é o seu princípio basilar, concepção fundada principalmente no magistério de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Tal princípio é tomado, então, como a pedra angular para a construção democrática

611 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso..., p. 69. A tratativa do interesse público em um patamar superior aos interesses privados e a tradução desse conteúdo em princípio jurídico foi feita no Brasil, inicialmente, por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *RDA*, n. 89, p. 8-33, jul./set. 1967. Refira-se, contudo, que o tema do interesse público, ou interesse geral, traduz preocupação do Direito Administrativo desde o seu nascedouro. Veja-se, por exemplo, na doutrina nacional, Aarão REIS, que em 1923 já asseverava que “O Direito Administrativo impõe, assim, frequentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais – em benefício do interesse público coletivo – ônus bem pesados e sacrifícios, mesmo, dos mais penozos...” (REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923, p. 32). No âmbito da doutrina latino-americana, cite-se, dentre tantos, Rafael BIELSA, que em 1937 justificava a existência das funções públicas com o objetivo de satisfazer necessidades coletivas, definindo o Direito Administrativo como normas que “miran a la protección del interés público inmediatamente y del interesse privado mediatamente...” (BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 1937, p. 37 e ss.). No mesmo sentido, ainda na América Latina, BASAVILBASO, Benjamin Villegas. **Derecho administrativo**. T. II, Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1950, p. 123 e MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. T. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, p. 25. Marcelo CAETANO, por sua vez, já na década de 1970 fazia referência à uma ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, admitindo um modelo para o Direito Administrativo “onde exista autoridade pública traduzida em poderes de supremacia confiados a entidades especialmente incumbidas da realização de interesses gerais (...)” (CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 24).

612 Veja-se a obra: SARMENTO, Daniel. (org) **Interesses públicos versus interesses privados**: des-
construindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
Nesta coletânea, tratam do tema Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Bi-
nenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier.

dos institutos administrativistas,⁶¹³ sendo considerado como o “pressuposto de uma ordem social e estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.”⁶¹⁴

Criou-se, portanto, o impasse: para alguns autores vinculados a certa escola de pensamento constitucional, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado poderia justificar “a emergência de manipulações discursivas negadoras dos direitos fundamentais e de seu regime jurídico-constitucional.”⁶¹⁵ Por outro lado, para os autores vinculados à escola criada a partir do Professor Celso Antônio Bandeira de MELLO, é o princípio da supremacia do interesse público o verdadeiro toque de Midas capaz de traduzir democraticamente a releitura do Direito Administrativo.⁶¹⁶

Parece que a maior celeuma está centrada no fato de que enquanto para os constitucionalistas o referido princípio poderia traduzir-se como uma cláusula de restrição dos direitos fundamentais, para os administrativistas é exatamente este princípio o que assegura a concretização da dignidade de todas as pessoas na esfera do Direito Administrativo.

As divergências que apresentam uma e outra corrente, entretanto, parecem residir no campo da metodologia. Por isso, não é equivocado afirmar que as conclusões teóricas de tais autores fundam-se no mesmo desiderato: defender um ordenamento constitucional que proteja os direitos fundamentais, relendo o instrumental do Direito Administrativo a partir de tais cânones.

Não se admite, com isso, que os autores vinculados à perspectiva constitucionalista de crítica em relação ao valor metodológico do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estejam necessariamente atrelados “às idéias e

613 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 96.

614 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 69.

615 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 217-246, p. 218.

616 Nessa perspectiva, veja-se a obra BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel (org.) **Direito administrativo e interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010. Desta obra participam Weida Zancaner, Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, Guillermo Andrés Muñoz, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, José Luiz Meilán Gil, Jorge Luis Salomoni, Augusto Durán Martínez, Emerson Gabardo, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Paulo Roberto Ferreira Motta, Angela Cassia Costaldello, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Ana Cláudia Finger, Raquel Dias da Silveira e a autora deste artigo.

práticas neoliberais típicas da década de 1990 (...) a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado”.⁶¹⁷ Tal conclusão parece ser tão reducionista e descontextualizada em face do conjunto da obra daqueles autores quanto é a afirmação de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado necessariamente fundaria uma Administração Pública de viés autoritário.

Afinal, como afirmou Luís Roberto BARROSO “O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático.” O autor carioca reconhece, ainda, o “papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção frente à atuação abusiva dos particulares”, propugnando pela necessidade de “um regime jurídico específico, identificado como de direito público.”⁶¹⁸

É bem verdade que autores como Humberto ÁVILA⁶¹⁹, Patrícia BAPTISTA⁶²⁰ e Marçal JUSTEN FILHO⁶²¹ têm afirmado a inexistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Segundo ÁVILA, tal princípio não pode ser tomado como um princípio explicativo do Direito Administrativo porque “ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados” e “ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta”⁶²² Porém, o mesmo autor reconhece que “não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele.”⁶²³ Defende, com isso, que “mesmo nos casos em que ele [interesse público] legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma

617 GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 293.

618 BARROSO, Luís Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. vii-xviii, p. x.

619 ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 171-216, p. 214.

620 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 181 e ss.

621 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 65-85.

622 ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 214.

623 ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 215.

ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição.”⁶²⁴ Para ele, então, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado teria a natureza de uma regra de preferência.

Retomando os argumentos de Humberto ÁVILA, Patrícia BAPTISTA defende que não há conteúdo jurídico que possa ser atribuído ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.⁶²⁵ Além disso, afasta a possibilidade de ponderação de tal princípio com os demais, o que também negaria a sua natureza principiológica.⁶²⁶ Superada tal discussão, a autora sustenta que “a pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista.”⁶²⁷

Já para Paulo Ricardo SCHIER, reconhecer a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado implicaria necessariamente “a afirmação de sua supremacia, de sua entronização num patamar hierárquico privilegiado.”⁶²⁸ Dessa premissa, o autor extrai a conclusão de que considerado tal princípio como verdadeiro princípio geral de Direito Público “a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado funcione como verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, olvidando os seus limites e distorcendo todo o regime constitucional dos direitos fundamentais.”⁶²⁹ Entretanto, o mesmo autor faz questão de afirmar que sua conclusão “não possui o condão de ilidir a existência do chamado regime jurídico de Direito Administrativo”, sustentando, com isso, o princípio da tutela do interesse público, “princípio constitucional implícito, relativo e ponderável.”⁶³⁰

Assim também Daniel SARMENTO, após a crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, acentua a necessária existência da proteção do interesse público pois, segundo ele, “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral,

624 Idem.

625 BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 188.

626 BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 189.

627 BAPTISTA, Patrícia. Op. cit., p. 204.

628 SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio...*, p. 242.

629 SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio...*, p. 241.

630 SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio...*, p. 242

inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum.”⁶³¹ Mesmo Gustavo BINENBOJM, talvez o mais ácido crítico do princípio aqui em estudo, afirma expressamente que “não se nega a existência de um conceito de interesse público.”⁶³²

A leitura da obra de tais autores, a partir do viés aqui apontado, indica que também para eles a ideia de proteção ao interesse público norteia o pensamento jurídico brasileiro, desde que interpretado de forma vinculada aos valores democráticos colmatados na Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, o clássico texto de Marçal JUSTEN FILHO já impunha, no final da década de 90, a necessária personalização do Direito Administrativo mediante a releitura da noção de interesse público, sustentando que seu conteúdo deve ser definido a partir da sua conjugação com a dignidade da pessoa humana.⁶³³

Tal autor, entretanto, afastou-se de tais concepções em texto publicado em 2008, no qual passa a vincular o princípio da supremacia do interesse público a uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. Segundo ele, tal postulado “incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade.”⁶³⁴

Tratando do que chama o “Direito Administrativo do Espetáculo”, elenca como pressupostos epistemológicos dessa concepção (i) a visão de que o particular sempre deverá ceder aos seus interesses em prol do Bem Comum, da Ordem Pública e do Interesse Público; (ii) a preferência por princípios em detrimento das regras; (iii) a consagração de princípios destituídos de conteúdo material, os quais

631 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 23-116, p. 28.

632 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 117-170, p. 149.

633 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, p. 115-136, 1999.

634 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito..., p. 67.

reportam-se a figuras imaginárias⁶³⁵ como ‘ordem pública’, ‘ato político’ e ‘interesse público’⁶³⁶ e (iv) a concentração de poderes no Poder Executivo.

Diante de tais pressupostos conclui que “o Direito administrativo do espetáculo produz uma organização administrativa em que *a vontade última do governante é a vontade da Administração Pública*.”⁶³⁷ Faz-se necessário então, segundo ele, uma proposta de reconstrução do Direito Administrativo, a qual possa “opor-se à instrumentalização da imagem da função e do conteúdo do ‘Direito Administrativo’ para gerar simplesmente o entretenimento de uma platéia.”, defendendo a supremacia dos direitos fundamentais e afastando-se a supremacia do interesse público, a qual, segundo ele, “somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeitos de direito.”⁶³⁸

A questão que se põe, todavia, é que a devida compreensão do princípio sob análise, ainda que revisto sob o prisma das advertências dos autores citados, não pode olvidar ao menos dois pressupostos: (i) a noção de função administrativa e (ii) a sua interdependência com o princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO assevera que somente existe função administrativa quando o agente está investido no dever de atuar em prol do interesse de outrem e, para isso, o ordenamento jurídico lhe atribui poderes (competências) para o seu fiel desempenho. Com isso, “quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade.”⁶³⁹

Dessa ideia força é que advém a compreensão de que de modo algum seria possível “supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a

635 Sustenta que “O ‘Direito Administrativo do espetáculo’ é composto por um conjunto de institutos, princípios e regras dotados de elevada consistência imaginária. São aparatos formais, que se prestam a desenvolver a ilusão do controle e da submissão da vontade dos governantes a alguma forma de controle externo à Administração Pública.” JUSTEN FILHO, Marçal. O direito..., p. 76.

636 Afirma o autor que “Excluídas situações patológicas, é impossível verificar, no caso concreto, a efetiva referência da atividade administrativa à consecução de algo que possa ser qualificado como interesse público.” Idem.

637 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito..., p. 75.

638 JUSTEN FILHO, Marçal. O direito..., p. 79.

639 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 72.

mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam tais direitos”⁶⁴⁰ pois, para o autor, as ditas prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia só se justificam como deveres-poderes que têm por finalidade a consecução do interesse da coletividade. O autor assevera, então, que “as prerrogativas que nesta via [administrativa] exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são ‘poderes-deveres’ (...).”⁶⁴¹

Com isso, afirma Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO que “Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão de vontade ao escopo pré-traçado na Constituição e na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.”⁶⁴²

Por isso é que funda a sua compreensão de regime jurídico administrativo em dois princípios interligados, o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Este último é o fundamento para a concepção já defendida por Rui CIRNE LIMA de que administrar é a “atividade do que não é senhor absoluto” e, por isso, “opõe-se a noção de administração à de propriedade, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.”⁶⁴³

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, portanto, o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos “significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis.”⁶⁴⁴ Com isso, “o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.”⁶⁴⁵

640 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 71.

641 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 97.

642 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 97.

643 CIRNE LIMA, Rui. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105-6.

644 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 74.

645 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 97.

O Direito Administrativo, então, estrutura-se tendo como eixo central o binômio **prerrogativas e sujeições**, aquelas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e estas inerentes ao princípio da indisponibilidade. Assim, “É o entrosamento destes dois termos que lhe delinea a fisionomia (...) São os elementos deste binômio que, ao nosso ver, se encontram expressados, respectivamente, no que denominamos ‘supremacia do interesse público’ e ‘indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.’”⁶⁴⁶

Com base em tais premissas, a atribuição de uma *pretensa* hierarquia ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em relação aos demais princípios e regras que integram o regime jurídico administrativo decorre de uma aplicação equivocada de tal princípio, a qual não encontra guarida no pensamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

Observe-se que o autor apropria-se de uma particular compreensão de *princípio*, definindo-o como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”⁶⁴⁷ Ele próprio adverte que se afasta do pensamento de ALEXY e DWORKIN:

é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores. É óbvio, pois, que seria gravíssimo erro pretender *avaliar o objeto* dessarte identificado como princípio, para atribuir-lhe características distintas das que lhe foram irrogadas por quem dese lse serviu, valendo-se de critério que estivesse assentado em *outra acepção de princípio*, qual a que lhe conferem Alexy e Dworkin.⁶⁴⁸

Da leitura de sua obra, não se vê como aceitável as teses que imputam ao pensamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO a existência de uma **hierarquia normativa** do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

646 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 97.

647 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais. In: *Revista de direito público*. v. 15, p. 284.

648 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 53-4.

Afinal, o autor vincula a interpretação de tal princípio àquele da indisponibilidade do interesse público pontuando que inexistente “o propósito de lhes conferir valor absoluto (...)” atribuindo-se aos dois mandamentos “a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.”⁶⁴⁹

É Fábio Medina OSÓRIO quem de forma ousada conclui que ninguém sustenta “a existência de um apriorístico e absoluto princípio de supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro, sendo rejeitada a ideia de um princípio que desrespeite o conjunto de direitos fundamentais consagrados na CF.”⁶⁵⁰

Com isso, parece não haver propósito em afastar-se do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, compreendido em relação de interdependência com o princípio da indisponibilidade do interesse público e lido pelo viés dos demais valores consagrados na Carta Magna. Trata-se de uma opção dentro do Direito, vinculada a uma adequada teoria constitucional, que possibilita a leitura dos princípios constitucionais expressos ou implícitos da Constituição Federal como instrumentos de concretização dos objetivos fundamentais da República.

A leitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser feita, então, de maneira vinculada a uma concepção de Estado Social e Democrático de Direito que tem por fim primeiro e último, a concretização dos direitos fundamentais como exigência da proteção da dignidade de todos.⁶⁵¹

É o posicionamento de Juarez FREITAS, para quem “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da

649 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 55-6.

650 OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *RDA*, n. 220, pp. 69-107, abr./jun. 2000, p. 81.

651 Não é o caso, no presente ensaio, de definir o conceito de Estado. De qualquer maneira, parte-se do acordo semântico de que o Estado é, na definição de J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, comentando o art. 2º, da Constituição da República Portuguesa, o ente que traduz a concepção de sociedade como coletividade politicamente organizada, abrangente de vontade popular, soberania popular, dignidade da pessoa humana, direitos e liberdades fundamentais, sociedade justa e solidária e democracia econômica e social. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1, p. 203).

pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais.⁶⁵² E tal leitura desponha igualmente da obra de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que realça que o respeito à dignidade humana integra o acervo histórico e cultural de um povo, como “patrimônio de suprema valia (...). O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo”.⁶⁵³

Por certo, as premissas epistemológicas que fundam tal concepção não permitirão interpretar tal princípio como uma cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, nem admitir qualquer resolução *prima facie* em favor do princípio da supremacia do interesse público em uma eventual colisão com qualquer outro princípio da Carta Constitucional.

A matéria pressupõe, assim, a compreensão de que os princípios caracterizam “o próprio ‘coração das constituições’, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica.”⁶⁵⁴ Nessa perspectiva, Pietro SANCHÍS⁶⁵⁵ reconhece que há valores consagrados no texto constitucional que por vezes podem levar a verdadeiras antinomias diante de casos concretos.

O autor espanhol resolve tal questão retomando a conhecida técnica de interpretação que sustenta que a incidência de um princípio, em um dado caso concreto, não torna sem efeito aquele cuja aplicação resultaria em uma solução contrária.⁶⁵⁶ Não por outro motivo, reconhece que os princípios (constitucionais ou não), exigem ferramentas específicas de interpretação, voltadas a um juízo de ponderação. Com isso, Suzana POZZOLO afirma que “el intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidade y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo así prevalecer un o otro valor contingentemente relevante”⁶⁵⁷

652 FREITAS, Juarez. **O controle...**, p. 34.

653 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

654 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158, p. 142.

655 Ibidem.

656 Ibidem.

657 POZZOLO, Suzana. Un constiucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 187-210, p. 193.

ALEXY, também consagrado por tratar do tema, admite a ponderação quando “uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una clausula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.”⁶⁵⁸ De acordo com o autor, a ponderação implica na verificação de interesses que apresentam abstratamente o mesmo *status* constitucional e, em caso de colisão, na preferência por aquele que possui maior peso no caso concreto.

Ponderar, desta feita, é buscar a melhor decisão nas circunstâncias em que concorrem razões contrárias e de mesmo valor, que somente têm aplicação na solução de um caso concreto.⁶⁵⁹ Assim, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalências a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.”⁶⁶⁰

Portanto, a partir desse viés interpretativo seria absolutamente razoável admitir que haverá casos em que, diante de uma hipótese de colisão entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e um outro princípio consagrador de direito fundamental, por exemplo, poderá existir uma solução legítima que afaste o primeiro.⁶⁶¹ Tal solução significará que naquele caso concreto o princípio

658 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, pp. 81-171, p. 89.

659 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

660 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 143.

661 Marco Aurélio MARRAFON trata desse viés de interpretação afirmando que “(...) no campo da interpretação do direito se acaba com a tese positivista de busca de um sentido único, em prol da chamada hermenêutica constitucional principiológica, a qual reconhece a possibilidade de vários sentidos da norma (...) se a previsão normativa se dá na forma de princípios, surge a metodologia tópico-dialética (*lato sensu*) como necessária à sua concretização ou ao estabelecimento de ordem de prioridade em caso de colisão, tarefas que exigem forte vinculação ao caso concreto a fim de que seja escolhido um entre os princípios aplicáveis e seus inúmeros argumentos plausíveis de serem utilizados.” MARRAFON, Marco Aurélio. *Hermenêutica e sistema constitucional. A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido*. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 131-2.

da supremacia foi afastado, ou “vencido”, como refere Emerson GABARDO,⁶⁶² diante de “uma necessidade extrema de ponderação entre tais interesses.”⁶⁶³

Alice Gonzales BORGES igualmente defende a possibilidade de ponderação entre o princípio da supremacia do interesse público e os demais princípios consagradores de direitos fundamentais, os quais também configurariam interesses públicos, em alguma medida.⁶⁶⁴ Ainda nessa linha de pensamento, Gustavo BINENBOJM refere a necessidade de que o administrador busque “alcançar soluções ótimas que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo.”⁶⁶⁵ Segundo ele, “como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionalmente chamamos de **melhor interesse público**, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.”⁶⁶⁶ E finaliza Fábio Medina OSÓRIO, igualmente na mesma esteira de ideias, que “é a necessária implicação recíproca dos princípios constitucionais que presidem a Administração Pública, até porque, todos, em conjunto, reforçam determinadas possibilidades argumentativas e, portanto, determinados caminhos hermenêuticos.”⁶⁶⁷

Portanto, como ressalta Juarez FREITAS, na linha de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “convém não absolutizar os princípios” sendo que “o núcleo basilar dos direitos fundamentais não pode deixar de ser respeitado.”⁶⁶⁸ Afinal, até mesmo Raquel Urbano de CARVALHO, que nega de forma peremptória a relativização do princípio da supremacia, assevera que se render a sua existência “não quer dizer negar a existência de outros princípios como o da boa-fe objetiva, da isonomia, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana”⁶⁶⁹

662 GABARDO, Emerson. **Interesse público...**, p. 298. O autor assevera ainda que “Quando se observa que o princípio da supremacia do interesse público não fornece condição objetiva de colocar-se juridicamente em uma situação de preferência ao interesse privado isso apenas significa que ele, naquela circunstância específica e ocasional, foi derrotado.”

663 BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 36.

664 BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 40.

665 BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia...**, p. 151.

666 Idem.

667 OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit., p. 93.

668 FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 207. Afirma, ainda, que a ponderação em tais casos “não enfraquece, mas, ao contrário, fortalece a totalidade dos direitos fundamentais o fato de serem reciprocamente complementares.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 212).

669 CARVALHO, Raquel Urbano de. **Curso de direito administrativo**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 70.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a partir da leitura proposta no presente ensaio, apresenta-se como um dos princípios basilares integrantes do regime jurídico administrativo que, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público integra os vetores de tal regime. Seu conteúdo não autoriza, entretanto, a sua hierarquia normativa em relação aos demais princípios. Daí, sua leitura deverá ser feita balizada pelo filtro da Constituição, em respeito aos direitos fundamentais e direcionada à concretização da dignidade de todas as pessoas.

É essa a dimensão na qual se compreende o fluido conceito de interesse público,⁶⁷⁰ decorrente das conclusões lançadas por Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

(i) quanto à sua *estrutura*, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade, e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração;

(ii) quanto ao seu *conteúdo*, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: (a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a *eficiência* ad-

670 Presente no Brasil desde a Constituição de 1824, no art. 179, § 2º, que já afirmava que nenhuma lei pode ser estabelecida sem a finalidade pública.

ministrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública.⁶⁷¹

Daniel Wunder HACHEM identifica, ainda, uma disposição constitucional específica da qual se poderia deduzir o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, qual seja, o art. 3º, IV, da Carta Magna. Segundo ele, “é evidente que o Poder Público, para lograr a promoção do bem estar de todos os brasileiros, necessita de uma gama de prerrogativas que lhe outorguem condições indispensáveis à harmonização dos diversos interesses particulares contrapostos no seio da sociedade.” Por isso mesmo, para ele, é imprescindível “impedir que determinados interesses exclusivamente privados se sobreponham aos anseios da coletividade, impedindo com isso o bem-estar geral do corpo social.” E conclui: “É nessa medida que se pode dizer que o dever estatal de ‘promover o bem de todos’, encomendado pelo art. 3º, IV da Constituição Federal, traduz o fundamento normativo do princípio constitucional da supremacia do interesse público.”⁶⁷²

Inegável, contudo, que o conteúdo atribuído à noção de interesse público implica em alguma medida a sua hierarquização axiológica no ordenamento jurídico, na seara do Direito Público, ainda que apenas em termos argumentativos e nunca no âmbito normativo.⁶⁷³

Justifica-se tal hierarquia axiológica em face da relevância precípua do genuíno interesse público, que, de acordo com Hector Jorge ESCOLA indica

671 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel (org). **Direito administrativo e interesse público**. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 89-116, p. 111.

672 HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 120.

673 Essa mesma constatação pode ser feita em relação à dignidade da pessoa humana, na esteira do pensamento de Juarez FREITAS: “Na prática, invariavelmente opera-se uma hierarquização axiológica que, em homenagem a determinado princípio, faz com que uma regra ceda à outra, ocorrendo, no fundo, uma autêntica afirmação tópica da natureza superior de determinado comando principiológico em relação às regras em colisão, mais do que a ablação de uma pela outra, embora também aqui a visada sistemática exige esgotar as possibilidades da exegese conformadora.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 213).

o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se destina a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico de seus indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito deles, que nele podem reconhecer seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los.

Ou, ainda, diante da noção de interesse público primário, sacralizada na dogmática pátria tomando-se por referência o magistério de Renato ALESSI que explica o conceito como a dimensão pública dos interesses individuais, como os interesses da coletividade como um todo.⁶⁷⁴

Fazendo uso de tais noções não se pode negar que intérpretes mais incautos com a proteção dos valores democráticos utilizam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para legitimar decisões que, em essência, afastam-se dos cânones que orientam o Direito Administrativo.

Nesses casos, o princípio em questão acaba utilizado para justificar interpretações equivocadas que muitas vezes colocam em posição de privilégio as autoridades administrativas, implicando restrições indevidas aos direitos fundamentais.

São essas as ocasiões que levam aqueles autores constitucionalistas a afirmar que o princípio da supremacia permite manipulações interpretativas que favorecem o autoritarismo e o abuso de poder na seara do Direito Administrativo.⁶⁷⁵

Porém, tal apropriação indevida do princípio não poderá ser utilizada como fundamento para a sua negação pois “É preciso não confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O pro-

674 ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3.ed., Milão: Giuffrè Editore, 1960, p. 197.

675 Como afirmam FERREIRA, Dirce Nazare Andrade e Krohling, Aloisio. O princípio da supremacia do interesse público no estado democrático de direito e sua roupagem neoconstitucionalista. In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Jan/Jun 2014, v. 14, n. 14.2, pp. 482-503, p. 485.

blema não é do princípio, mas de sua aplicação prática.”⁶⁷⁶ Ou seja, “O simples fato de o princípio da supremacia ser usado como argumento (ou alibi) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa.”⁶⁷⁷

Por isso impõe-se a necessidade de análise crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a qual deve abranger a apreciação rigorosa das decisões administrativas e judiciais em que tal princípio é aplicado de forma dissonante dos comandos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, aplicando tal preceito em face do direito de greve dos servidores traz um infeliz exemplo de manipulação discursiva do citado princípio em detrimento dos direitos fundamentais dos agentes públicos.

2. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO DIREITO SOCIAL E A SUA CONJUGAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A garantia dos direitos sociais reflete, para o campo jurídico, o ideal de uma sociedade justa e igualitária, que impõe ao Estado não só o dever de abstenção, de maneira a assegurar a autonomia privada na esfera de proteção dos direitos e liberdades individuais,⁶⁷⁸ mas também o dever de proporcionar o acesso a todas as condições de vida digna.

A consagração de tais direitos, portanto, permite falar de uma reserva histórica de justiça da Constituição, que traduz, para o âmbito normativo, os valores que deverão conduzir a sociedade.⁶⁷⁹ O Estado que exalta, assim, a proteção e implementação dos direitos sociais, é o Estado que se traduz “na proteção dos direitos

676 BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 31.

677 GABARDO, Emerson. **Interesse público...**, p. 303.

678 Reconhecidos como direitos fundamentais clássicos, ou de defesa. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. (Org.) **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 35-68; p. 53).

679 Segundo Paulo Ricardo SCHIER, essa reserva histórica de justiça identifica “aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça” (SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005, p. 54).

dos trabalhadores, na satisfação de níveis básicos de prestações sociais para todos, e na correção das desigualdades sociais”.⁶⁸⁰

De maneira mais ou menos generalizada nos países ocidentais e nos países da América Latina, tem-se uma “posición contundente a favor de la intervención de los poderes públicos para corregir desigualdades y faltas de libertad y para impulsar su desarrollo.”⁶⁸¹

A Constituição Brasileira de 1988 é emblemática na consolidação de tais direitos. A Carta não só estabeleceu um amplo catálogo, estampados principalmente em seu art. 6º, como também estendeu a eles o regime jurídico dos direitos fundamentais,⁶⁸² concretizando o marco da justiça social.⁶⁸³

É nesse catálogo que se insere o direito à greve dos trabalhadores, previsto no art. 9º, da CF/88:

680 CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Constituição...**, p. 210.

681 MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Op. cit., p. 156. No mesmo sentido, MORAIS, Jose Luis Bolzan e HOFFMAM, Fernando. Direito social, sociedade contemporânea e o consenso como caminho para a (re)humanização do(s) conflito(s). In: **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**. Jan/Jun 2014, v. 15, n. 15, pp. 67-81, p. 71.

682 Não há que se discutir aqui, dentro dos limites do presente artigo, se tais direitos integram ou não o rol dos direitos fundamentais. Pontue-se apenas que a discussão surgiu logo após a promulgação da Constituição de 88, principalmente em face da redação do art. 60, § 4º, IV. Atualmente, é quase unânime o reconhecimento da fundamentalidade de tais direitos. Juarez FREITAS, de maneira peremptória assevera: “os direitos sociais, no sistema brasileiro, são indubitavelmente fundamentais.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação...**, p. 209). No mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET esclarece “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais...” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 79). Em sentido contrário, ainda defendendo a tese de que os direitos sociais não se tratam de direitos fundamentais, MAGALHÃES, Otávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, [S. l.], n. 7, 1994, p. 110-111.

683 “a Constituição Federal de 1988 representa um pacto plural, elaborado com base numa série de compromissos firmados entre diferentes setores da população, resultado de um debate amplo e aberto. Em seu bojo, absorveu uma série de institutos e princípios até então inéditos no constitucionalismo brasileiro, destacando-se seu vasto catálogo de direitos sociais, com um perfil universalista no tratamento da questão social.” (BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205; p. 194).

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O direito à greve consagrou-se no direito pátrio como corolário do direito ao trabalho, permitindo a necessária movimentação e articulação do trabalhador em busca de melhores e dignas condições do desempenho de suas funções. O constituinte, entretanto, remeteu ao legislador o dever de disciplinar tal direito, que o fez por meio da Lei n.º 7.738, de 28 de junho de 1989. Segundo o art. 2º, de tal diploma legal, considera-se legítimo exercício do direito de greve “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Para Mauricio Godinho DELGADO, trata-se a greve de “paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.”⁶⁸⁴ Complementando tais noções, Maria Cecília Mendes BORGES assevera que “não se trata, simplesmente, da abstenção de tarefas, abrangendo o *lock out* e também os mecanismos de pressão, aos quais podem recorrer as partes de um conflito coletivo, com a intenção de exercer influência na vontade da outra. Trata-se de meio de pressão, sendo que, inicialmente, dá margem à autocomposição do dissídio.”⁶⁸⁵

Carmen Lúcia Antunes ROCHA defende a greve “como instrumento de luta pela conquista ou pela preservação de direitos, que se acredite estarem sendo violados, comparecendo, assim, no trabalhismo em momentos de conflito e sendo o seu de natureza transitória.”⁶⁸⁶ Eros Roberto GRAU, em defesa de tal direito, asse-

684 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed., São Paulo: LTR, 2007, p. 1414.

685 BORGES, Maria Cecília Mendes. Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira. Biblioteca digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 77, jul. 2007. Disponível em [HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.aspx?idConteudo=41662](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.aspx?idConteudo=41662). Acesso em 06 de junho de 2010.

686 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios...**, p. 358.

vera que “é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Consubstancia um poder de fato; por isso mesmo que, tal como positivado o princípio no texto constitucional (art. 9º), recebe concreção, imediata (...) como direito fundamental de natureza instrumental.”⁶⁸⁷

No Brasil, a garantia do direito à greve é recente. A Constituição de 1937 entendia o movimento como recurso anti-social, em seu art. 139. Tal proibição foi superada pela Carta Democrática de 1946, que reconheceu tal direito, considerado mecanismo último a ser exercido depois de esgotados os meios legais para solução de controvérsias entre empregados e empregadores, tudo nos termos do seu art. 158.

A matéria foi regulada pelo Decreto-Lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946. Tal norma vedava a greve em caso de serviços fundamentais, elencando, dentre eles, o serviço de água, energia, fontes de energia, iluminação, gás, esgotos, comunicações, transportes, carga e descarga, estabelecimentos de utilidades ou gêneros essenciais à vida das populações, matadouros, lavoura e pecuária, colégios, escolas, bancos, farmácias, drogarias, hospitais e serviços funerários, indústrias básicas ou essenciais (art. 3º e 10, do Decreto-Lei 9.070/46).

Na Constituição de 1967 manteve-se a garantia do direito de greve, em seu art. 158, XXI. Entretanto, o art. 157, § 7º, proibia a greve nos serviços públicos e atividades essenciais.

O tema apresenta especial importância quando tratado em relação aos trabalhadores integrantes da Administração Pública, diante das peculiaridades das atividades desempenhadas por tais servidores. Nessa seara faz-se necessário assegurar tal direito aos agentes públicos sem desconsiderar que as atividades desse setor visam “atender a interesses sociais e direitos dos administrados que são impossíveis de serem protelados.”⁶⁸⁸ Nesse diapasão, Eros Roberto GRAU afirma que “a relação de emprego público é instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja continuidade há de ser assegurada em benefício do todo social.”⁶⁸⁹

A Carta Magna de 1988, entretanto, inovou o tratamento da matéria, rompendo com a tradição das cartas anteriores, na medida em que seu art. 37, VII, assegura aos servidores públicos o exercício do direito de greve, nos termos e limites

687 Voto proferido no julgamento do MI 712/PA.

688 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios...**, p. 360.

689 Voto proferido no julgamento do MI 712/PA.

definidos em lei. A Carta Magna estabelece, ainda, a vedação do exercício de tal direito aos militares (art. 142, § 3º, IV).

Sem adentrar na polêmica sobre a eficácia da norma⁶⁹⁰ contida no precitado art. 37, VII, da Constituição Federal⁶⁹¹, adota-se o entendimento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que considera tal dispositivo de eficácia contida, já que, segundo ele, “o que se prevê é que lei complementar é que vai estabelecer termos e limites do direito de greve dos servidores públicos. Este é exercitável desde logo, antes mesmo de editada sobredita norma complementar, que lhe estabelecerá os limites.”⁶⁹²

Já Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que a norma é de eficácia limitada, ou seja, para a autora o direito só poderá ser exercido nos termos e limites definidos em lei específica.⁶⁹³

Ocorre que passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Carta Magna ainda não foi editada a Lei referida no citado dispositivo.⁶⁹⁴ Tal letargia do Legislativo foi reconhecida pelo Min. Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 20:

Essa situação de inércia do aparelho de Estado faz emergir, em favor do beneficiário do comando constitucional, o direito de exigir uma atividade estatal devida pelo Poder Público, em ordem a evitar que a abstenção voluntária do Estado frustre, a partir desse comporta-

690 Ver, sobre o tema, o clássico trabalho de José Afonso da SILVA, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed., São Paulo: RT, 1982.

691 A matéria é apreciada à exaustão por FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve do servidor público. In: **Revista de direito administrativo aplicado**. Curitiba, n. 6, 1995, pp. 723-731.

692 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: RT, 2. ed., 1991, p. 100.

693 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 547. No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, p. 89-90; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 681.

694 No Congresso tramita o Projeto de Lei 4.497/2001 trata da matéria e foram apensados a ele sete proposições: PL 5.662/2001; 6.032/2002; 6.141/2002; 6.668/2002; 6.775/2002; 1.950/2003; PL 981/2007 e PLS 84/2007. Em 2001 foi apresentado Projeto de Lei pelo Poder Executivo – PL 6032/2002 regulamentando a matéria. Referido PL encontra-se desde 21 de agosto de 2012 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

mento omissivo, a aplicabilidade e a efetividade do direito que lhe foi reconhecido pelo próprio texto da Lei Fundamental.

Com isso, “a omissão letárgica do Poder Legislativo em regular o direito de greve dos servidores públicos, descumprindo o que lhe foi determinado pela Constituição de 1988, acabou por gerar uma preocupante realidade em que as greves de servidores públicos foram se sucedendo em todos os níveis das Administrações Públicas federal, estadual e municipal...”⁶⁹⁵

Tal circunstância gerou inegável comprometimento da continuidade dos serviços prestados pela Administração Pública. Sabe-se que a prestação das atividades atribuídas ao Estado apresenta-se como um dever inescusável do poder público.⁶⁹⁶ Entende-se, a partir de tal premissa, que deve ser feita de forma contínua para que tais serviços sejam permanentemente assegurados aos cidadãos.

Esse princípio, decorrência direta do princípio da indisponibilidade do interesse público, determina “a impossibilidade de interrupção da prestação do serviço, eis que se presume que as utilidades prestadas são essenciais e indispensáveis à sobrevivência ou à normalidade da vida”.⁶⁹⁷

Com efeito, seja nos serviços sociais (educação e saúde), seja nos demais serviços públicos (energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo, transporte coletivo, por exemplo), bem como nas demais atividades públicas, a suspensão das atividades resulta na negação ao acesso aos direitos sociais, notadamente àqueles que traduzem a dignidade da pessoa humana.

695 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A greve no serviço público. Belo Horizonte. N. 49, ano 10, maio de 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.aspx?idConteudo=54120>. Acesso em 06 de abril de 2015.

696 Tal característica constitui, para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, princípio autônomo do serviço público, considerando-se, por consequência, a omissão do Estado como passível de responsabilização patrimonial (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 672). Ver, sobre o tema, ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-352.

697 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

Essa é a razão que autoriza *condicionamentos* ao exercício de determinados direitos pelos servidores públicos,⁶⁹⁸ dentre eles o direito de greve. Com base nessa premissa, foi editado o Decreto 1480/95, da União Federal, que prevê:

Art. 1º Até que seja editada a lei complementar a que alude o art. 37, inciso VII, da Constituição, as faltas decorrentes de participação de servidor público federal, regido pela Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em movimento de paralisação de serviços públicos não poderão, em nenhuma hipótese, ser objeto de:

I - abono;

II - compensação; ou

III - cômputo, para fins de contagem de tempo de serviço ou de qualquer vantagem que o tenha por base.

Parece inegável, entretanto, que o referido ato administrativo excede no exercício do poder regulamentar, negando vigência ao direito consagrado no art. 37, VII, da Constituição Federal, seja qual for a natureza da eficácia reconhecida à precitada norma. Isto porque, sabe-se que até mesmo as normas de eficácia limitada (que dependem da atividade legiferante para produzirem efeitos) gozam de eficácia mínima no sentido de (i) revogar a legislação com elas incompatíveis e (ii) impedir a edição de comandos normativos que anulem os direitos constitucionalmente assegurados.

Regina Maria Macedo Nery FERRARI, em análise ao precitado art. 37, VII, refere que “o preceito constitucional, por si só, já apresenta um mínimo de eficácia e que o primeiro e mais claro efeito da norma constitucional é, exatamente, a perda da eficácia das normas que configuravam a greve como um valor negativo, ensejando a aplicação de sanções disciplinares.”⁶⁹⁹

Portanto, o condicionamento ao direito de greve dos servidores em prol do princípio da continuidade dos serviços públicos não poderá sob qualquer justifi-

698 Observe-se, desde logo, que o princípio da continuidade é recorrente, nesse diapasão, não só nos casos de prestação dos serviços públicos propriamente ditos, mas em relação a todas as atividades desempenhas pela Administração Pública.

699 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 729.

cativa negar o núcleo essencial do direito assegurado pela Constituição.⁷⁰⁰ Afinal, o mandamento que obriga a continuidade é comando que se dirige, em primeiro plano, à Administração Pública. Daí conclui-se que não poderá ser utilizado de maneira incondicional pelo poder público, que é, em última análise, aquele que deverá adotar medidas de contingência para assegurar, de um lado, a continuidade de suas atividades e, de outro, o rol de direitos dos agentes públicos.

Como se observa, a temática reflete a discussão tratada na primeira parte do presente ensaio. A restrição do direito de greve dos servidores justifica-se em face do princípio da continuidade das atividades públicas que, por sua vez, decorre de uma interpretação ampla do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ou seja, o interesse público - da coletividade -, indica a necessária limitação ao direito de greve dos servidores - entendido, nessa específica circunstância, como interesse privado. Não se poderá negar, entretanto, o direito de greve aos agentes públicos, dada a sua natureza de direito fundamental.

Tem-se, assim, uma hipótese concreta de colisão entre o citado princípio da supremacia do interesse público (continuidade) e um direito fundamental (greve do servidor).

700 Na seara do direito constitucional, muito se tem discutido sobre a definição do que seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A discussão, aqui, toma por pano de fundo as restrições a tais direitos. Desse modo, para identificar o que poderá ser restringido pela norma restritiva, os autores, com amparo na hermenêutica constitucional, dividem-se entre a teoria interna e a teoria externa. A teoria interna, “considera corolário lógico dos conceitos de rigidez e de supremacia constitucional a negativa da possibilidade de o legislador imprimir efetivas restrições aos direitos fundamentais...” (BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243). Entendem que cabe ao legislador “configurar os direitos fundamentais, especificando-os dentro do conteúdo constitucionalmente previsto”. Só caberá restrição, então, quando a própria Constituição autorizar. Pressupõe-se, por isso, um direito com conteúdo previamente definido pela Constituição. A análise da validade da norma restritiva se dá, nessa teoria, em face do cotejo do conteúdo da restrição diante do conteúdo aparente do direito e, depois disso, do conteúdo verdadeiro de tal direito. “Não há que se falar, portanto, em recortes ao conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental impostos por outros direitos ou princípios (limites externos), mas apenas de limitações intrínsecas aos direitos (limites internos ou imanes), que excluem determinadas situações do seu âmbito de proteção.” (Ibidem, p. 244) Já as teorias externas admitem que o conteúdo *prima facie* do direito oferece um conteúdo que poderá ser restringido em face da prevalência, em um caso concreto, de outros direitos ou preceitos fundamentais - âmbito dos limites externos. A restrição decorre de um raciocínio ponderativo, nos limites dos casos concretos. Ver, sobre o tema, BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit, p. 250 e ss

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, em diversos casos concretos, mormente através da propositura de Mandados de Injunção, com o objetivo de suprir a lacuna legislativa.

Até 2007, a e. Corte reconhecia o direito à greve, porém, aplicando o clássico entendimento referente ao remédio de injunção, limitava-se a comunicar a mora ao Poder Legislativo⁷⁰¹ – atuação que, na prática, acabava por negar a eficácia do citado comando legal.⁷⁰²

Porém, em 2007, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712, do Pará, proposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará – SINJEP, houve sensível alteração na sistemática proposta. A decisão proferida em 25 de outubro de 2007, nos termos do voto do Relator, o Ministro Eros Grau, determinou a aplicação da Lei n.º 7.783/89, até que seja editada Lei regulamentando o direito de greve dos servidores. Inaugurou-se, com tal decisão, novo entendimento da Corte no que se refere ao remédio constitucional.⁷⁰³ A partir de tal julgado, o Supremo Tribunal Federal definiu a norma regulamentadora para tornar viável o exercício do direito assegurado no dispositivo constitucional, aplicando, com eficácia *erga omnes*, a Lei n.º 7.783/89, em decisão assim ementada:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À

701 Segundo Daniel Wunder HACHEM, nesse momento a Corte Suprema decidia “emprestando ao instituto a função de provoca a jurisdição para, tão só e unicamente, declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público quanto à regulamentação do direito reclamado, dando ciência ao órgão competente para elaboração da norma regulamentadora.” (HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009, p. 136).

702 Ver, por exemplo, os seguintes julgados: MI 438-GO, Rel. Min. Neri da Silveira, j. em 11.11.94; MI 20-4-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.05.94; MI 485-MT, Rel. Min. Maurício Correia, ju. 25.04.2002; MI 585-TO, j. 15.05.2002.

703 A mesma matéria foi tratada no MI 670/ES e 708/DF.

GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção,

a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente

o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (Mandado de Injunção - PA, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25 de outubro de 2007, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2244628>, consulta em 23/03/2015)

A aplicação da Lei n.º 7.783/89 aos servidores públicos, entretanto, nos termos da decisão proferida, deverá ser feita com temperamentos, em face da necessária preservação da continuidade dos serviços públicos, conforme ressaltou o Min. Relator, em seu voto:

Este [o direito de greve dos servidores] reclama, em certos pontos, regulação peculiar (...)Daí porque, de início, não me parece deva ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. (...)

Não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros do seu exercício. Esses

parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados que se integra no ordenamento jurídico e não se dá norma para um só.

(...)

Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende o conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n. 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único e no art. 14.

O eminente Ministro propõe a seguinte redação para os dispositivos antes citados, de maneira a tornar possível a aplicação da citada Lei aos servidores públicos:

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho.

Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregados diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação.

Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços.

Art. 7º.

(...)

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14;

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade do serviço público.

Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

A decisão, da forma como foi proferida, é resultado da ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que assegura o direito fundamental à greve aos servidores, e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, já que impõe aos servidores certos temperamentos, diante da necessária continuidade dos serviços.⁷⁰⁴

Desde 1979 essa é a orientação do *Conseil Constitutionnel* francês – órgão dotado de competência para exercer o controle prévio de constitucionalidade das leis –, que igualmente recorreu à noção de interesse público (*intérêt général*) para o deslinde da colisão. Ao apreciar a proposta legislativa destinada a restringir o exercício do direito de greve no âmbito da Administração Pública, o Conselho consignou que o referido direito exige limites, razão pela qual se impõe ao legislador o dever de “operar a conciliação necessária entre a defesa dos interesses profissionais, da qual a greve é um meio, e a salvaguarda do interesse público, ao qual a greve pode implicar afronta.”⁷⁰⁵

Em tal decisão, o juiz constitucional francês admitiu a previsão legal de restrições ao exercício do direito de greve em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, o qual é reconhecido no direito francês como princípio

704 Com isso, tem-se a garantia consagrada no art. 9º, § 1º, da Lei 7.783/89, que dispõe: “A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.” Regulamentando tal dispositivo, a citada Lei n.º 7.783/89, determinou, em seu art. 10, que são essenciais os serviços de tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia; gás; combustíveis; assistência médica e hospitalar; telecomunicações; compensação bancária, entre outros.

705 *Conseil Constitutionnel*, nº 79-105 DC du 25 juillet 1979; *Conseil Constitutionnel*, nº 80.117 DC du 22 juillet 1980; *Conseil Constitutionnel*, nº 86.217 DC du 18 septembre 1986; *Conseil Constitutionnel*, nº 87.230 DC du 28 juillet 1987. O trecho foi reproduzido por MERLAND, Guillaume. *L'intérêt general dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 124.

de valor constitucional, muito embora não possa ser extraído textualmente da letra da Constituição de 1958.⁷⁰⁶ O Conselho Constitucional, para admitir o seu caráter constitucional, reconhece-o como “desmembramento do interesse público, justificador de limitações a outros princípios constitucionais.”⁷⁰⁷ Assim, ainda que desprovido de fundamento textual preciso, ao princípio da continuidade do serviço público é conferido *status* constitucional justamente por traduzir uma decorrência do interesse público, ou da supremacia do interesse público sobre o privado, como na argumentação proposta no presente ensaio.

Portanto, o Conselho em sua decisão conjugou a proteção do direito de greve dos servidores com o princípio da supremacia do interesse público ao reputar constitucionais as restrições que lhe foram impostas, justificadas pela necessária continuidade na prestação dos serviços públicos.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal novamente apreciou a matéria em 2009, no julgamento da **Rcl 6568/SP**. Dessa feita, mudando o entendimento antes assentado, a Corte negou a proteção ao direito de greve de algumas categorias de servidores públicos no Brasil, justificando tal restrição em face de inaceitável argumentação a favor do princípio da supremacia do interesse público. A decisão foi assim ementada:

RECLAMAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAIS CIVIS. DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. SERVIÇOS OU ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. COMPETÊNCIA PARA CONHECER E JULGAR O DISSÍDIO. ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO DE GREVE. ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEI N. 7.783/89. INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. DIREITO NÃO ABSOLUTO. **RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE EM RAZÃO DA ÍNDOLE DE DETERMINADAS ATIVIDADES PÚBLICAS**. AMPLITUDE DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 712. ART. 142, § 3º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO

706 Já na Constituição brasileira de 1988 pode-se extrair do art. 175, parágrafo único, IV – ainda que implicitamente – o princípio da continuidade do serviço público como desdobramento lógico do dever de “*manter serviço adequado*”, diante da definição de serviço público adequado feita pelo art. 6º, da Lei n.º 8.987/95.

707 MERLAND, Guillaume. *Op. Cit.*, p. 125.

DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. AFRONTA AO DECIDIDO NA ADI 3.395. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO ÀS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprindo omissões do Poder Legislativo.

2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça --- aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil.

3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. **Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum.** Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. **Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totali-**

dade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça --- onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária --- e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV].

4. No julgamento da ADI 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela EC 45/04, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. (6568 - Reclamação - SP, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21 de maio de 2009, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2638272>, consulta em 23/03/2015)708

Nessa decisão, a e. Corte não se limita a estabelecer condicionamentos à greve dos servidores em face da necessária continuidade dos serviços. Ao contrário, a pretexto do atendimento do interesse público, nominado pelo e. Relator de *bem comum*, cria vedação que a Constituição Federal não admitiu, anulando o núcleo essencial do direito de greve às categorias de servidores citadas.

E veja-se que, em uma dimensão absolutamente afastada do regime jurídico dos direitos fundamentais, com base em tal precedente, a egrégia Corte vem, diuturnamente, negando o direito de greve a servidores públicos, como se vê:

708 Com base nesse precedente, a egrégia Corte decidiu, ainda, os seguintes casos: ARE **657385 - SP, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 29/02/2012** (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28657385%2E%2E%2E%29%28%28LUIZ+FUX%29%2ENORL%2E+OU+%28LUIZ+FU-X%29%2ENPRO%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>, consulta em **13 de abril de 2015**); ADI 3.235-AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em **04/02/2010** (<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609252>).

Agravo regimental em mandado de injunção. 2. Omissão legislativa do exercício do direito de greve por funcionários públicos civis. Aplicação do regime dos trabalhadores em geral. Precedentes. **3. As atividades exercidas por policiais civis constituem serviços públicos essenciais desenvolvidos por grupos armados, consideradas, para esse efeito, análogas às dos militares.** Ausência de direito subjetivo à greve. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 774 - DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 28 de maio de 2014, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2563571>, consulta em 13 de abril de 2015)⁷⁰⁹

Reclamação. Constitucional. Limitação do exercício do direito de greve por tribunal de justiça. Alegação de desrespeito às decisões proferidas pelo supremo tribunal federal nos mandados de injunção ns. 670, 708 e 712: inoportunidade. Reclamação julgada improcedente.

(...)

Todavia, o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento que apesar de a greve dos servidores públicos ser um direito constitucionalmente previsto, há algumas categorias de servidores que, ante a essencialidade dos serviços públicos por eles prestados, sofrem restrições ou mesmo vedações de tal direito.

(...)

(Rcl 17735 – RECLAMAÇÃO - RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julg. em 28 de outubro de 2014, disponível em <http://www.stf.jus.br/por->

709 Na Reclamação n. 17735, de RO, em que foi Rel. a Min. Cármen Lúcia, julg. em 28 de outubro de 2014, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4573638> (consulta em 13 de abril de 2015), há referência expressa à vedação ao direito de greve dos servidores, nos seguintes termos: “o Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento que apesar de a greve dos servidores públicos ser um direito constitucionalmente previsto, há algumas categorias de servidores que, ante a essencialidade dos serviços públicos por eles prestados, sofrem restrições ou mesmo vedações de tal direito.” Neste caso, entretanto, foi autorizado o exercício do direito de greve, de forma condicionada, a preservar a continuidade na prestação dos serviços públicos de ensino e saúde.

tal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4573638, consulta em 13 de abril de 2015)

Esses são casos que autorizariam os autores constitucionalistas antes citados a justificar seu argumento de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado permitiria manipulações discursivas em detrimento dos direitos fundamentais. Evidente, contudo, que o princípio, nesses específicos casos concretos, não foi corretamente aplicado, pois tal postulado não autoriza a negação de nenhum outro direito, ao contrário, demanda sua ponderação em casos de colisão.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na linha que se sustentou no presente ensaio, reconhecendo-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, com especial fundamento no art. 37, IV, da Constituição Federal, sua aplicação dependerá de um juízo de ponderação em cada caso concreto; e o aplicador do direito não se pode furtar ao ônus argumentativo que permitirá legitimar a sua prevalência em uma dada solução, conjugada aos demais princípios consagrados no sistema constitucional.

Por certo, no que se refere aos direitos dos servidores públicos, haverá implicações práticas que decorrem de tal princípio e que determinam condicionamentos ao exercício de tais direitos. Entende-se, por exemplo, que em razão do respeito ao princípio da supremacia do interesse público, que o gozo de licenças, o período de férias e mesmo a concessão de remoção são direitos condicionados às necessidades do serviço.

A interpretação, contudo, deverá ser feita de forma restritiva em relação aos direitos dos servidores, também admitidos como direitos sociais, de cunho fundamental, na esteira do pensamento de Carmen Lúcia Antunes ROCHA.⁷¹⁰

Nesse sentido, as decisões aqui comentadas, que equivocadamente restringem o direito à greve de algumas categorias de agentes públicos em favor da continuidade de tais serviços, como decorrência direta do princípio da supremacia, merecem revisão. Isto porque, o mandamento que obriga a continuidade na prestação dos serviços públicos é comando que se dirige, em primeiro plano, à Adminis-

710 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios...*, p. 58.

tração Pública. Portanto, não poderá ser utilizado de maneira incondicional pelo poder público, que é, em última análise, aquele que deverá adotar medidas de contingência para assegurar, de um lado, a continuidade de suas atividades e, de outro, o rol de direitos dos agentes públicos. Essa parece ser a linha argumentativa que permite a compreensão sistemática do regime jurídico administrativo, tal como consagrado no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, pp. 81-171.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3.ed., Milão: Giuffrè Editore, 1960.

ÁVILA, Humberto. Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 171-216.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel (org). *Direito administrativo e interesse público*. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel (org). *Direito administrativo e interesse público*. Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 89-116.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais. In: *Revista de direito público*. v. 15, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *RDA*, n. 89, p. 8-33, jul./set. 1967.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: RT, 2. ed., 1991.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. vii-xviii, p. x.

BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho administrativo*. T. II, Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1950.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, p. 89-90.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). *Direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Tomo I, Buenos Aires: La Ley, 1937.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 117-170.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Maria Cecília Mendes. Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira. *Biblioteca digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 77, jul. 2007. Disponível em [HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.apx?idConteudo=41662](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.apx?idConteudo=41662). Acesso em 06 de junho de 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. (Org.) *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 35-68.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.
- CARVALHO, Raquel Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- CLÈVE Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 46-49.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTR, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Greve do servidor público. In: *Revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, n. 6, 1995, pp. 723-731.
- FERRAZ, Sérgio. Instrumentos de defesa do administrado. *RDA*, n. 165, p. 17-18, jul./set. 1986.
- FERREIRA, Dirce Nazare Andrade e Krohling, Aloisio. O princípio da supremacia do interesse público no estado democrático de direito e sua roupagem neoconstitucionalista. In: *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*. Jan/Jun 2014, v. 14, n. 14.2, pp. 482-503.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. In: *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 126-146.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A greve no serviço público. Belo Horizonte. N. 49, ano 10, maio de 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoSchow.apx?idConteudo=54120>. Acesso em 06 de abril de 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Forum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 115-136, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 65-85.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MAGALHÃES, Otávio Bueno. Revisão constitucional. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, [S. l.], n. 7, 1994.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. T. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e sistema constitucional. A decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

MERLAND, Guillaume. *L'intérêt general dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan e HOFFMAM, Fernando. Direito social, sociedade contemporânea e o consenso como caminho para a (re)humanização do(s) conflito(s). In: *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*. Jan/Jun 2014, v. 15, n. 15, pp. 67-81.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. São Paulo: Manole, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *RDA*, n. 220, pp. 69-107, abr./jun. 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma social democrática. Folha de S. Paulo*, 17.10.1997. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=809>. Acesso em: 17/04/2015).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

POZZOLO, Suzana. Un constiucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 187-210.

- REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas-Boas & Cia., 1923.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 123-158.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. (org) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 23-116.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Participação popular na administração pública*. O direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (org.) *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses públicos versus interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 217-246.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 20, p. 145-166, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed., São Paulo: RT, 1982.
- ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-352.

O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS⁷¹¹

Sarah Campos⁷¹²

1. INTRODUÇÃO

O estudo da função pública, em especial a greve no serviço no público, é um dos temas do direito administrativo, que, até os dias de hoje, ainda reclama detido estudo.

A doutrina administrativa francesa aponta a função pública como uma parte essencial do direito administrativo, concluindo que

seja qual for o regime político, qualquer que seja o período, a organização jurídica da função pública ainda apresenta alguns problemas básicos, que giram, em suma, em torno da relação entre os funcionários e o poder, e das relações entre os empregados e seu trabalho.⁷¹³

711 Artigo publicado originalmente em Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 183-208, set./dez., 2013.

712 Advogada. Graduada e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Coordenadora de Relações Sindicais e Institucionais do Programa de Apoio às Relações do Trabalho e à Administração da Justiça – PRUNART/UFMG. Rua Timbiras, nº 135, apto. 1401, CEP 30140-060, Belo Horizonte-MG, Telefone: (31) 98702.6561, sarahcamposbr@yahoo.com.br.

713 Vale transcrever a passagem na língua francesa: “Quel que soit le régime politique, quelle que soit la période, l’organisation juridique de la fonction publique pose toujours certains problèmes de

O presente estudo fará uma breve análise da relação de trabalho entre o servidor público e o estado, apontando as bases teóricas que influenciaram e ainda são adotadas para fundamentar a possibilidade ou não do exercício do direito de greve pelo servidor público.

O problema é que essas concepções teóricas, que ainda norteiam o regramento da função pública, acabam por associá-la a um ideal de renúncia e sacrifícios, devido ao entendimento ultrapassado de que a fixação unilateral do regime jurídico dos servidores públicos pela administração pública retiraria destes a possibilidade de diálogo com a administração e, conseqüentemente, de negar ou impor restrições severas ao exercício do direito de greve.

As diversas e profundas mudanças pelas quais passou o Estado brasileiro, e também as graves reações às imposições unilaterais da administração pública, abriram novas perspectivas, exigindo uma releitura do direito de sindicalização e de greve no serviço público.

2. FUNÇÃO PÚBLICA NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

Os servidores públicos foram tradicionalmente concebidos apenas como “veículo da manifestação da vontade do poder estatal”⁷¹⁴.

Não se vislumbrava, nesse contexto, a presença de um cidadão prestador de serviços ao estado⁷¹⁵, logo destinatário de direitos e interesses próprios, distintos do estatal.

base, qui tournent en somme autour des rapports entre les fonctionnaires et le pouvoir, et des rapports entre les fonctionnaires et leurs travail”. (AUBY, Jean Marie; AUBY, Jean-Bernard; JEAN-PIERRE, Didier; TAILLEFAIT, Antony. *Droit de la fonction publique: état, collectivités locales, hôpitaux*. 7. éd. Paris: Dalloz, 2012, p. 5)

714 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23.

715 Aderindo às considerações do Prof. Florivaldo Dutra de Araújo sobre a grafia da palavra *estado*, preferimos tomar em conta a observação contida no *Formulário ortográfico*, aprovado pela Academia Brasileira de Letras em 13.8.1943, utilizando *Estado*, com inicial maiúscula, apenas quando nos referimos a um Estado em particular (o Estado brasileiro, o Estado italiano, etc.), ou um tipo histórico, como Estado Liberal e Estado Social de Direito. A mesma regra será observada para expressões tais como *poder público*, *administração pública*, *poder executivo*, *poder legislativo* e *poder judiciário*. Nas citações, entretanto, serão preservados os critérios dos respectivos autores.

Para justificar essa negativa de direitos individuais e mesmo coletivos aos servidores públicos, a doutrina administrativa fundamentou-se em algumas concepções dominantes que, até os dias de hoje, influenciam a natureza da relação servidor-estado.

Principalmente a partir do século XIX, com a consolidação do Estado Liberal, surgiram várias teorias tentando explicar a natureza que une o servidor ao estado.

Contraopondo-se à esfera do direito privado, que se caracterizou pelo “reino da liberdade”, o Direito Administrativo, sendo de domínio do público, fundou-se na ideia de que o indivíduo surge submetido ao poder estatal, tendo como limite da atuação administrativa os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse contexto, o relacionamento do estado para com os cidadãos se dava por meio de *relações gerais de poder*. Porque vigia a legalidade, os direitos fundamentais eram a limitação da atuação administrativa.

Já no campo das relações internas dos órgãos estatais, entendia-se que o indivíduo submetia-se a um vínculo específico com o poder público, também chamado *relação especial de poder*, situação em que o princípio da legalidade não vigorava, já que as relações eram regulamentadas pela própria administração.

A formação da teoria das *relações de sujeição especial* ou *relação especial de poder* contou com doutrinadores como Laband⁷¹⁶ e Otto Mayer⁷¹⁷.

Laband acreditava num Estado unitário, individualizado, impermeável e fechado para o exterior, de modo que sua “esfera interior” não seria alcançada pelo Direito. Só haveria espaço para uma “proposição jurídica” quando a manifestação de vontade do estado atingisse, de algum modo, a esfera jurídica de outro indivíduo, ou seja, quando se tratasse de relações “externas”. As regras que se aplicavam no interior da Administração não possuiriam, segundo ele, a natureza de prescrições de direito, mas seriam apenas prescrições administrativas. Assim, aquele que penetrasse na esfera interna do estado abandonaria as vestes de cidadão para assumir a roupagem do funcionário público, sujeito a ordens e instruções com efeitos apenas internos⁷¹⁸.

716 LABAND, Paul apud OSSENBÜHL, Fritz. *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968 apud WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista Direito Público*, n. 18, out./2007.

717 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Traduzido do francês por: Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. I, Buenos Aires: Depalma, 1949.

718 LABAND, 1968, p. 55-56 apud OSSENBÜHL apud WIMMER, 2007, p. 36.

Otto Mayer, por sua vez, já no início do século XX, elaborou a teoria das relações especiais de sujeição. O autor partia da concepção de um poder executivo essencialmente livre, vinculado pela lei apenas em relação a certos objetos particularmente importantes. Nesse sentido, embora defendesse a instauração de um Estado de Direito, afirmava a necessidade de que a administração pudesse “viver e trabalhar” independentemente da existência de normas para dirigir sua atividade. Desse modo, o Estado de Direito deveria, segundo ele, restringir suas exigências à esfera do possível, sem pretensão de regular estritamente a multiplicidade de assuntos dos quais a administração se encarregava.⁷¹⁹

Mayer atribuía, assim, à administração um amplo espaço de liberdade no seu âmbito interno. Uma vez que esse espaço interno só estaria em hipóteses excepcionais sujeito à reserva de lei, na maior parte dos casos o executivo agia de forma livre e independente, vinculado apenas às finalidades gerais da administração pública sob o regime de preferência de lei.⁷²⁰

O indivíduo, a partir do momento em que se torna funcionário do estado, deixa de participar das relações gerais de poder, passando a integrar o vínculo específico, próprio da organização administrativa interna.

A administração pública, então, estaria legitimada a impor determinadas restrições aos direitos fundamentais de seus servidores, que se encontravam em situações diferenciadas, em relação ao poder público.

A acepção moderna da teoria organicista, firmada já a partir de meados do século XIX e início do século XX, tendo como causa a reação à concepção indivi-

719 “a administração, para fazer-se ‘conforme ao direito’, deve estar vinculada pelas regras jurídicas. A Constituição criou com essa finalidade a forma da lei, e isso basta. Não obstante, é fácil ver que a atividade do Estado não pode circunscrever-se à simples execução das leis existentes; a ele é necessário viver e trabalhar, ainda que não haja normas para dirigir sua atividade; há na administração uma multiplicidade de coisas que não podem ser previstas por regras escritas que as encadeariam. O Rechtsstaat deve, por conseguinte, restringir suas exigências ao que seja possível; portanto, seu princípio pode formular-se assim: a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito”. (tradução livre) Cf. MAYER, 1949, p. 80.

720 “Não é possível manter a Administração numa dependência tão completa. Em consequência, somente para certos objetos particularmente importantes se fez da lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado. Para todos os outros casos, o poder executivo está livre; trabalha em virtude de sua força própria e não em virtude da lei. Nós chamamos esta exclusão da iniciativa do executivo – existente para esses objetos especialmente sinalados – a reserva de lei”. Cf. MAYER, 1949, p. 98.

dualista do estado e da sociedade, própria do liberalismo⁷²¹, acabou por também reforçar essa intolerância em se admitir um plexo de direitos dos servidores públicos contestáveis face à administração pública.

Para a teoria organicista, o indivíduo, ao tornar-se agente administrativo, passa a fazer parte da realidade orgânica do estado.

Segundo Gerber:

Tornando-se funcionário, como servidor do estado, seu órgão, deve o seu comportamento a todo instante corresponder a esta importante posição. Como o serviço ao estado é serviço orgânico, tampouco pertence o funcionário a si mesmo, como ocorre com um membro de uma ordem espiritual. Por isso a função pública é comparável, sobretudo, com uma ordem ou hierarquia do clero católico.⁷²²

Nessa perspectiva, às vezes mais ou menos extremada, não se reconhece a possibilidade de o servidor público possuir interesses distintos do estado, já que passa a ser órgão estatal, por força do cargo que exerce.

E se não se admitem interesses próprios, muito menos se considera a possibilidade de o servidor reivindicar direitos face ao estado. Daí o entendimento prevalente, até meados do século XX, de que na função pública não eram assegurados direitos sociais trabalhistas, tendo, por decorrência lógica, a proibição do direito de sindicalização e de greve.⁷²³

721 ARAÚJO, 2011, p. 127.

722 GERBER, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums. Archiv des öffentlichen Rechts. 1930, s. 59 apud ARAÚJO, 2011, p. 142.

723 Importa informar que somente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 alguns direitos sociais trabalhistas foram assegurados aos servidores públicos, como se observa da redação original do art. 39: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. § 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho. § 2º Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.” Os direitos de greve e sindicalização também foram inaugurados pelo texto do art. 37 da Carta de 1988: “Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

Nesse contexto da concepção orgânica da sociedade, surge a teoria unilateral do vínculo servidor-estado.

Essa teoria fundamenta-se na concepção de que o estado define por meio de leis todo o conteúdo da relação jurídica, podendo modificá-la a qualquer momento, sem necessidade de aquiescência do servidor.

A concepção unilateralista “parte, em geral, de um certo preconceito sobre o que seja um contrato administrativo”⁷²⁴.

Nesse sentido, afirma-se que a previsão legal de todo o conteúdo da relação de função pública, a possibilidade de alteração unilateral da relação pelo estado e a posição de supremacia estatal impedem que se equacione sob a forma contratual a relação servidor-estado:

O ato da nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém sobre um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. Não obstante, não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional, sendo necessária a posse, através da qual o indivíduo nomeado aceita o cargo, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre o nomeado e o Estado. Conclui-se que há um acordo de vontades, todavia, este se cinge à formação do vínculo, expressando a concordância do nomeado de se inserir em uma situação abstrata e geral.⁷²⁵

Foram essas as linhas de pensamento que guiaram e ainda regem, consciente ou inconscientemente, o conceito de função pública de muitos países, incluindo o Brasil.

Agustin Gordillo alerta para a recorrente utilização das teorias unilateralistas a fim de justificar restrições severas aos direitos do servidor público:

dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...) VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar;”

724 GORDILLO, Agustin. *Naturaleza de la Relación de Empleo Público*. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1, parte general, 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XIII-22.

725 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 19-20.

En todo caso, quizás no sea casual que ante la desvalorización manifiesta del régimen jurídico del contrato administrativo, ya no se haya necesitado recurrir a la teoría de la potestad unilateral para fundamentar nuevas y fuertes restricciones a los derechos del agente público, reforzando por lo demás su inmanente inseguridad jurídica, paralela a la del particular frente a él mismo como siempre recordaba Bielsa.⁷²⁶ [grifo nosso]

No entanto, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se incrementa a participação dos cidadãos na atividade do poder público, diretamente ou por intermédio de entidades representativas, ampliando-se os mecanismos de cooperação e negociação para o exercício do poder estatal⁷²⁷, revela-se cada vez mais premente o enfrentamento das tradicionais e uniformes explicações dadas pela doutrina administrativista e compartilhadas, atualmente, pela jurisprudência dos tribunais pátrios.

Nesse contexto, não mais se admite que as relações especiais de poder estejam a par da legalidade. Conforme Maria João Estorninho, o princípio da legalidade, seja na sua formulação negativa ou positiva, constitui “o fundamento, o critério, o limite de toda a actuação administrativa”⁷²⁸.

No mesmo sentido, entende a autora que “a Administração Pública em caso algum deixa de estar sujeita ao seu regime próprio de vinculação aos direitos fundamentais”⁷²⁹.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, não é possível mais sustentar concepções autoritárias⁷³⁰. O servidor deixa de ser mero *objeto* das ações governamentais e passa a ser visto também como verdadeiro *sujeito* de direitos,

726 GORDILLO, 2003, p. XIII-25.

727 ARAÚJO, 2011, p. 149.

728 ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina: 1999. p. 117.

729 ESTORNINHO, 1999, p. 239.

730 Ensina Maria João Estorninho o fenômeno da passagem da “Administração Autoritária (obligkeittlichen) à Administração Soberana-Consensual (schlicht-hoheitlichen)”. Trata-se “de uma forma de administração nova, “negociada ou contratual”, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública”. (ESTORNINHO, 1999, p. 44)

que possui a garantia de um mínimo de direitos essenciais à sua condição de trabalho e de participação plena e efetiva na definição e implementação das políticas que lhe dizem respeito.

Raquel Dias da Silveira assevera que:

Numa perspectiva democrática, o servidor público, mesmo que se encontre em relação de sujeição especial ou estatutária com a Administração Pública, recebe da ordem jurídica proteção como homem, como cidadão e como trabalhador a serviço da sociedade. É sob essa perspectiva que deve ser valorizado, da forma mais ampla possível.⁷³¹

3. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE DO SERVIDOR

O interesse público também tem sido utilizado para justificar a necessidade de adoção de um regime jurídico específico para as relações de trabalho travadas com o estado.

A perseguição do interesse público e a manutenção de sua supremacia são utilizadas para explicar a necessidade de regramento específico, diverso daquele que vige nas relações privadas, nas quais se teriam em mira, segundo essa argumentação, apenas interesses privados.

A função pública seria, então, um campo onde se deve levar em conta o interesse público, apenas:

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia de vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso da função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que,

731 SILVEIRA, Raquel Dias da. Profissionalização da função pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 79.

no caso, é o interesse público, vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.⁷³²

Celso Antônio, influenciado pela concepção orgânica, defende a ideia de que, porque exerce função pública, não há que se falar em interesse próprio do servidor: “por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais”⁷³³.

De fato, na realização de atividade administrativa, em outras palavras, no desempenho de função pública, não há mesmo que se falar na procura de interesses próprios, pessoais, pois onde há função não há autonomia de vontade.

Afinal, conforme leciona Maria João Estorninho, “é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvida, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer atividade administrativa”⁷³⁴.

Outra situação, no entanto, diz com o direito público subjetivo⁷³⁵ que a Constituição assegura aos servidores de reclamarem prestações contra o próprio estado, tais como os direitos consagrados no § 3º, art. 39⁷³⁶.

732 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98.

733 BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 99.

734 ESTORNINHO, 1999, p. 167. No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 922, em que afirmam que o interesse público “é um momento teleológico necessário de qualquer actividade administrativa”.

735 Para Pedro Machete, “o direito subjectivo (público) consiste no poder, conferido por uma norma jurídica (de direito público), de alguém prosseguir interesses próprios tutelados por essa mesma norma”. Para o autor, o direito subjetivo público caracteriza-se, desse modo, “pela combinação de um momento funcional-material – o interesse individual protegido pela norma jurídica – com o momento estrutural-formal – o poder jurídico de realizar aquele interesse”. MACHETE, Pedro. Estado de direito democrático e a administração paritária. Coimbra: Almedina, 2007, p. 490.

736 Redação dada pela EC nº 19 de 1998: “Art. 39 [...]: § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Há que se considerar que, quando assim age, o servidor não estará reclamando interesse propriamente contrário ao público. Pelo contrário, quando reivindica interesse próprio ou pessoal, reafirma, de certo modo, interesse da própria coletividade, que assim o legitimou, ao contemplar na Constituição da República direitos individuais do servidor.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, não há oposição absoluta entre interesse público e interesses privados, já que não se trata de interesses inconciliáveis e excludentes.

Para Paulo Neves de Carvalho⁷³⁷:

Realmente, o interesse público e o respeito às situações individuais, criadas legitimamente, sob o signo da lei, não se anulam, não são antinômicas ou inconciliáveis. No acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público.

Maria João Estorninho, citando Bachof⁷³⁸, escreve que “o interesse público e o interesse privado não se excluem, antes pelo contrário, frequentemente *andam a par ou em situação de mistura* (“*Gemengelage*”)⁷³⁹.

Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, “deve-se afastar a automática associação, feita por muitos, entre interesse público, unilateralidade do vínculo e subordinação do servidor, identificando o regime de direito público com esses aspectos, de modo necessário e exclusivo”⁷⁴⁰.

O autor lembra ainda que os interesses privados podem ser tratados como meio de atingir interesses públicos:

737 CARVALHO, Paulo Neves de. Da revogação no direito administrativo. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951, p. 104.

738 BACHOF, Otto. Über Öffentliches Recht. Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25jaehringen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts. BACHOF; HEIGL; REDEKER. München: Ed. C. H. Beck, 1978. p. 16 apud ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina: 1999, p. 149.

739 ESTORNINHO, 1999, p. 149.

740 ARAÚJO, 2011, p. 150.

a teoria dos interesses tende a olvidar que certos instrumentos, inicialmente apenas alocados no direito privado, também podem servir à busca primordial de interesses públicos. Com o Estado Social de Direito, institutos concebidos pelo direito privado tornaram-se valiosos mecanismos para a conduta do poder público na prestação de serviços públicos e na intervenção do domínio econômico. Nem por isso torna-se o estado autorizado a sobrepor o interesse privado ao público.⁷⁴¹

Tomando-se a *realidade constitucional* brasileira como princípio legitimador, também no que diz respeito ao *interesse público* seria o caso de se admitir uma pluralidade de crenças ou valores que lhe são subjacentes.

Com efeito, nosso sistema constitucional impõe a *convivência*, numa mesma ordem normativa, de interesses que devem ser satisfeitos pelo estado não somente no que diz respeito aos *administrados*, mas também em relação aos seus próprios *servidores*, quando reclamam determinada prestação de natureza trabalhista ou social contra a mesma administração.

Existe uma vontade coletiva (da sociedade) de que certos interesses privados, ao menos aqueles contemplados pelo ordenamento jurídico, sejam tomados em consideração, mas, mais que isso, sejam assegurados enquanto direitos.

Na medida em que esse direito lhe foi assegurado pela própria moldura normativa ou pelo pacto associativo de sua comunidade, que é a Constituição, o certo é que, em determinadas situações e sob certas condições, até mesmo contra a coletividade, então, o servidor encontra-se legitimado a se voltar, sob pena da ineficácia de tal garantia.

Como também é certo que o conflito que eventualmente possa decorrer dessa pluralidade de interesses ou, melhor, de valores subjacentes ao interesse público, não retira nem do administrado nem do servidor a essência do seu direito.

Segundo Onofre Batista:

O Estado Democrático de Direito (pluralista e participativo) contemporâneo necessita estar atento a essa pluralidade de interesses diversificados da sociedade pluralista, muitas vezes contrapostos, que reclamam reconhecimento, proteção jurídica e atuação administra-

741 ARAÚJO, 2011, p. 150.

tiva que possa lhes dar atendimento. A multiplicação de interesses de variadas naturezas, perante a escassez dos meios, acirra, por outro giro, a competição individual, grupal, nacional ou transnacional.⁷⁴²

Numa primeira perspectiva, o agente atua como órgão e, por isso, é apenas um instrumento para a satisfação dos interesses (ou interesse público) cuja tutela lhes tenha sido confiada. Na função⁷⁴³, ou seja, como órgão, o servidor exercita um *poder*.

Mas a Constituição veste o agente também da condição de sujeito, que, enquanto tal, exercita um *direito*.

Em determinadas situações, não há que se descartar a hipótese de conflito entre a realização de função pública pelo servidor e a busca do seu interesse próprio ou pessoal.

É o que ocorre quando se paralisa determinada *atividade administrativa*, como a de transporte público, de saúde, de educação, como meio de o servidor ver atendida determinada *reivindicação*.

A existência desse conflito não deve gerar qualquer perplexidade.

Ainda que difícil, a sua solução reclamará juízo de ponderação, exatamente como ocorre, por exemplo, no conflito entre direitos fundamentais.

E certamente não é por conta dessa dificuldade que se poderá descartar um dos lados do problema, já que ambos se apresentam como lados de uma mesma moeda: o exercício da função pública pelo servidor concomitantemente à reivindicação de um direito individual que a mesma Constituição também lhe assegura.

O desafio é justamente encontrar o meio que permita compatibilizar a coexistência dessas situações que, bem vistas as coisas, não se revelam sequer conflitantes, mas complementares.

Afinal, o servidor público e o indivíduo-servidor coabitam na mesma Constituição.

A harmonização dessa complexa trama de interesses só pode se tornar efetiva mediante resolução gradual ou cooperativa de conflitos. Mas a dificuldade está

742 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 79.

743 Onofre Alves Batista Júnior afirma que “função tem o sentido de situação jurídica na qual se estabelece legalmente para o agente público o dever de atingir certa finalidade no interesse público”. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 74)

em tentar encontrar um compromisso entre os interesses e as opiniões conflitantes existentes na sociedade.

É certo que uma mesma pessoa pode ser titular de interesses diversificados que por vezes é difícil conciliá-los: o interesse de tornar o estado mais eficiente com o interesse financeiro de pagar menos tributos; o interesse da continuidade do serviço com o interesse de garantir o direito de greve do servidor.

No presente trabalho, a greve do serviço público será analisada na perspectiva da sociedade pluralista, capaz de reconhecer que os diversos interesses legitimados pelo ordenamento jurídico podem e devem ser conciliados.

4. DIREITO DE GREVE NA FUNÇÃO PÚBLICA

O exercício do direito de greve pelos servidores públicos sempre foi permeado de controvérsias.

Embora a Constituição da República de 1988, seguindo a atual tendência de aproximação entre os regimes público e privado de trabalho, tenha reconhecido expressamente os direitos de associação sindical (art. 37, VI) e de greve (art. 37, VII) no âmbito da função pública, a doutrina e jurisprudência majoritária hesitam em reconhecer aplicabilidade imediata à autotutela coletiva dos trabalhadores estatais.

A par dos diferentes entendimentos sobre a eficácia do art. 37, VII, da CR/88⁷⁴⁴, o Supremo Tribunal Federal consolidou o posicionamento de que referido dis-

744 Alguns doutrinadores brasileiros interpretam o inciso VII do art. 37 da CR/88 como norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, não contém normatividade suficiente para sua aplicação, dependendo, portanto, de regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Nesse sentido, Adilson Abreu Dalari (DALARI, 1992, p. 144-156), José Cretella Júnior (CRETELA JÚNIOR, 1992, p. 2199-2200), Alexandre de Moraes (MORAES, 2006, p. 187 e 319), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 506-508), José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2012, p. 752). A segunda corrente doutrinária defende ser o inciso VII do artigo 37 da CR/88 norma constitucional de eficácia contida. Seria, então, juridicamente possível o exercício do direito de greve pelos servidores públicos antes da promulgação de lei específica, regulamentando seus termos e limites, por ter o dispositivo aplicabilidade direta e imediata. Nesse sentido, Arion Sayão Romita (ROMITA, 1992, p. 789-808), Celso Antônio de Bandeira Mello (BANDEIRA MELLO, 1995, p. 85), Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2001a, p. 171), Odete Medauar (MEDAUAR, 2012, p. 315), Antônio Álvares da Silva (SILVA, 1993, p. 113-115).

positivo possui *eficácia limitada*, requerendo norma regulamentadora para sua efetivação.

Nos julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670⁷⁴⁵, 708⁷⁴⁶, 712⁷⁴⁷, o STF registrou a mudança de concepção quanto à natureza e finalidade do mandado de injunção, passando não só a comunicar a mora ao legislador, ou apenas estabelecer o prazo para que se legisle sobre a omissão, mas também estabelecendo as normas aplicáveis até a edição das leis faltantes.

O STF decidiu, então, suprimindo a lacuna legislativa no tocante ao direito de greve dos servidores públicos, pela aplicabilidade, no que for compatível, da Lei nº 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

Mas a solução apresentada pela Suprema Corte ainda não foi suficiente para garantir a efetividade do exercício do direito de greve na função pública.

Em razão do excessivo apego pela tradicional concepção estatutária da função pública, baseada em esquemas unilaterais e orgânicos, além da teoria dos interesses, já abordada nos primeiros tópicos, a doutrina administrativista em geral e os tribunais pátrios ainda não recebem bem o instituto da greve dos servidores públicos.

O princípio da continuidade dos serviços públicos⁷⁴⁸ e o caráter da relação jurídica do estado com seus servidores – o regime estatutário, de natureza pública administrativa, cujos princípios não se identificariam com aqueles consagrados no Direito do Trabalho, inclusive no plano coletivo – são os dois principais argumentos tidos como óbices intransponíveis para a realização das greves no serviço público.

A preocupação para com o não comprometimento da continuidade dos serviços públicos e o atendimento das necessidades inadiáveis da população fez com

745 STF, Pleno, MI 670/ES, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pub. DJ 31.10.2008.

746 STF, Pleno, MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pub. DJ 31.10.2008.

747 STF, Pleno, MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, Pub. DJ 31.10.2008

748 Para Odete Medauar, “de acordo com esse princípio, as atividades realizadas pela Administração devem ser ininterruptas, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado”. A autora assevera que “durante muito tempo o princípio da continuidade justificou a proibição de greve dos servidores públicos. Hoje, em muitos ordenamentos já se reconhece o direito de greve dos servidores públicos; a Constituição de 1988, no art. 37, VII, remete a lei específica os termos e limites em que o direito de greve da Administração Pública será exercido”. (MEDAUAR, 2012, p. 143)

o STF consignasse a possibilidade de aplicação de “regime de greve mais severo” a depender do tipo de atividade desempenhada pelo servidor grevista:

no sentido de que se aplique a Lei 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos. Nesse particular, ressalto que, **em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos**, não estou a afastar que, de acordo com as **peculiaridades de cada caso concreto** e mediante solicitação do órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a **observância a regime de greve mais severo** em razão de tratar-se de **serviços ou atividades essenciais**.⁷⁴⁹
[grifo nosso]

A Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada, nº 7.783 de 1989, no seu art. 11, prevê que a prestação de serviços ou atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, deve ser assegurada durante o movimento paredista:

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Ressalta-se que a Lei dispõe expressamente sobre a necessidade de esse atendimento ser resultado do “comum acordo” entre empregados e empregadores.

No serviço público, os tribunais têm dirimido essa questão com a fixação de percentuais de servidores que devem permanecer trabalhando durante o movimento.⁷⁵⁰

749 STF, Pleno, MI 670/ES, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pub. DJ 31.10.2008.

750 Nesse sentido, os seguintes julgados: TRF 4ª Região, 4ª Turma, AG 2007.04.00.011767-0, Rel. Marga Inge Barth Tessler, Pub. DJ 2.7.2007, greve dos servidores do Hospital Universitário da FURG, em que se fixou percentual de 50%; TRF 4ª Região, 1ª Turma, AG 2005.04.01.046213-0, Rel. Joel

Para Odete Medauar, “a conciliação do direito de greve com o princípio da continuidade se realiza pela observância de antecedência mínima na comunicação do início da greve e pela manutenção de um percentual de funcionamento das atividades”⁷⁵¹.

A fixação dos percentuais, se dentro dos parâmetros da razoabilidade, é uma boa resposta para o atendimento dos serviços essenciais à população e também para garantir a efetividade do movimento reivindicatório dos grevistas.

O TRF da 5ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0007590-13.2004.4.05.0000, interposto em ação civil pública que discutia a greve dos policiais federais de Alagoas, entendeu que “a disponibilização de 30% dos servidores representa medida que objetiva preservar o caráter social das reivindicações e a necessidade de continuidade dos serviços essenciais”⁷⁵².

O que não se pode admitir é o abuso na fixação desses percentuais. Em muitos casos, já se definiu pela obrigatoriedade de manutenção de 80% dos servidores no exercício das suas atribuições.⁷⁵³

Ilan Paciornik, Pub. DJ 16.8.2006, p. 486, greve dos Técnicos da Receita Federal, em que se fixou percentual de 50%; TRF 5ª Região, 3ª Turma, AGTR 54833, AL 0007590-13.2004.4.05.0000, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, Pub. DJ 16.4.2007, p. 582, greve dos policiais federais de Alagoas, em que se fixou percentual de 30%.

751 MEDAUAR, 2012, p. 143.

752 Veja a íntegra da ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GREVE DE SERVIDORES DA POLÍCIA FEDERAL. DETERMINAÇÃO PARA DISPONIBILIZAÇÃO DE 30% DE SERVIDORES, POR CATEGORIA, POSSIBILITANDO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE MULTA APENAS EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO AGRAVADA.- A greve no serviço público ainda não foi regulamentada, devendo prevalecer o princípio da continuidade do serviço público.- A disponibilização de 30% dos servidores representa medida que objetiva preservar o caráter social das reivindicações e a necessidade de continuidade dos serviços essenciais.- A multa fixada na decisão agravada não é causa de prejuízo à agravante, pois apenas incidirá em caso de descumprimento da referida decisão judicial.- Agravo de instrumento improvido.” (TRF 5ª Região, 3ª Turma, AGTR 54833, AL 0007590-13.2004.4.05.0000, Rel. Des. Fed. Paulo Gadelha, Pub. DJ 16.4.2007, p. 582)

753 Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA COMBINADA COM AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. TUTELA ANTECIPADA. GREVE DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL EM EXERCÍCIO NA JUSTIÇA ELEITORAL. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA EVIDENCIADOS. 1. Os agravos regimentais foram interpostos contra decisão liminar proferida nos autos de ação ordinária declaratória de ilegalidade de greve, cumulada com ação de preceito cominatório de obrigação de

Esse percentual, em determinadas atividades, pode significar um impacto mínimo na produtividade do órgão, o que implicaria em verdadeira desmobilização dos servidores e na própria ineficácia do movimento.

Outro argumento utilizado contra a prática da greve no serviço público é de que esta “é um instrumento de luta entre o trabalho e o capital. No regime capitalista, o trabalhador luta pelo salário, e a empresa defende seu lucro. Revela notar que no setor público não há empresário nem lucro”⁷⁵⁴.

Essa foi mesmo a manifestação do Ministro Eros Grau no julgamento do Mandado de Injunção nº 712:

Na **relação estatutária** do emprego público **não se manifesta tensão entre trabalho e capital**, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital – indivíduo ou empresa – que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na **relação estatutária**, no âmbito da qual,

fazer e de não fazer, e com pedido de liminar ajuizada pela União contra a Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União - FENAJUFE e Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Ministério Público da União - SINDJUS/DF, para que seja suspensa a greve dos servidores do Poder Judiciário Federal em exercício na Justiça Eleitoral em todo o território nacional. 2. Ainda em juízo de cognição sumária, é razoável a manutenção do percentual de no mínimo 80% dos servidores durante o movimento paredista, sob a pena de multa de cem mil reais por dia, principalmente por tratar-se de ano eleitoral. Nesse aspecto, o eminente Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto nos autos da Rcl 6.568/SP, ressaltou que “a análise de cada caso, a partir das particularidades do serviço prestado, deve realizar-se de modo cauteloso com vista a preservar ao máximo a atividade pública, sem, porém, afirmar, intuitivamente, que o movimento grevista é necessariamente ilegal” (DJe de 25.09.09; fl. 786 - sem destaques no original).” (STJ, AgRg na Pet 7933-DF 2010/0087027-1, Rel. Min. Castro Meira, Pub. DJ 16.8.10)

754 DALARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 154.

em tese, **aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.** [grifo nosso]

Não se nega que a finalidade do estado seja o atendimento ao interesse público e que, em princípio, se distingue das finalidades dos entes privados. Entretanto, em qualquer caso, o trabalho humano é necessário para que tais finalidades se realizem, merecendo, em ambos os casos, tutela jurídica que garanta dignidade em sua utilização.⁷⁵⁵

Antônio Álvares da Silva lembra que, tanto na relação de trabalho com a empresa privada quanto na mesma relação com o estado, o que há é uma unidade comum de quem trabalha, ou seja, de que, não sendo proprietário dos meios de produção, se serve do trabalho para garantir a sobrevivência.⁷⁵⁶ E complementa:

Se o trabalho é prestado a empregador privado [...] ou ao Estado para garantir seus fins, o trabalho, em si prestado nestas duas situações, não muda de natureza. As finalidades distintas e os princípios próprios de cada um destes regimes são apenas aparentes e não impedem, de forma nenhuma, uma visão unitária do problema.⁷⁵⁷

Além disso, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, impossível admitir que as organizações privadas tenham por objetivo único e exclusivo o lucro. Um exemplo de que a atividade econômica também deve ser atividade social, de interesse coletivo, é o princípio da função social da propriedade, consagrado como direito fundamental na Constituição da República de 1988 (art. 5º, XXIII).

Assim, como bem recorda Estorninho,

755 Nesse sentido, ARAÚJO, 1988, p. 110.

756 SILVA, Antônio Álvares da. Os servidores públicos e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1993, p. 52.

757 SILVA, 1993, p. 52

não esquecer que essas tarefas da administração de prestação implicam necessariamente a utilização de dinheiros públicos, saídos do orçamento do Estado, os quais pressupõem a existência de receitas públicas. Ora as receitas públicas são normalmente obtidas através de sacrifícios econômicos dos cidadãos, que lhes podem inclusive ser impostos coativamente.⁷⁵⁸

Da mesma forma que o estado depende do sacrifício do cidadão para prover os recursos que permitem uma boa prestação de serviços para a comunidade, também se pressupõe, para essa mesma prestação de serviços, o uso da força de trabalho do servidor.

Assim, o servidor, que efetivamente presta trabalho para o estado e, em última análise, para a própria coletividade, merece ter efetivados os direitos sociais trabalhistas constitucionalmente garantidos, como uma remuneração digna, jornada de trabalho regular, direitos previdenciários, local e instrumentos de trabalho adequados, segurança do trabalho, dentre outros.

4.1 Negação do direito de greve a determinadas carreiras públicas

Sob o argumento da supremacia do interesse público sobre o particular, tem-se defendido a impossibilidade do exercício do direito de greve por algumas categorias de servidores públicos.

No julgamento da Rcl 6568/SP⁷⁵⁹, em 21.5.09, o Min. Relator Eros Grau manifestou-se pela impossibilidade dos policiais civis do Estado de São Paulo exercerem o seu direito de greve “em benefício do bem comum”.

758 ESTORNINHO, 1999, p. 181.

759 Merece a transcrição de parte do voto do Min. Relator Eros Grau, no julgamento da Rcl 6568/SP: “O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprimindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da Justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do

Para o Min. Relator, os servidores públicos que desenvolvem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e da segurança pública, da administração da Justiça, da exação tributária, da saúde pública e, no geral, as carreiras de estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, não estariam inseridos no elenco dos servidores alcançados pelo direito de greve.

Não se pode negar que, na ponderação dos diversos direitos consagrados no ordenamento jurídico, a proteção da vida e da segurança pública sejam balizas incontestáveis.

Mas, daí a considerar, *abstratamente e a priori*, que o exercício da greve por todas as carreiras de estado, que exercem atividades indelegáveis, viola referidas balizas, não nos parece ser a melhor solução.

Tal afirmativa só poderia ser extraída da análise do caso concreto. E não são raros os casos de movimentos paredistas dos profissionais do fisco, dos tribunais de justiça⁷⁶⁰, da saúde ou até mesmo das polícias que foram declarados legais pelo próprio judiciário.

exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na Suma Teológica (II Seção da II Parte, Questão 64, Artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve [art. 142, § 3º, IV]”.

760 Destaca-se que o emblemático julgamento do MI nº 712-PA, de relatoria do Min. Eros Grau, dizia respeito à greve dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Pará. Naquele caso, a greve foi deflagrada em razão da negativa do Tribunal de Justiça do Pará de implementar o reajuste anual da categoria.

Vicente José Malheiros da Fonseca ressalta que no setor público justificam-se limitações ao direito de greve, mas nunca ao ponto de negar o exercício do próprio direito:

o direito de greve, seja no setor público ou mesmo no setor privado, não é um direito absoluto, pois sofre limitações, sobretudo para evitar eventuais abusos. No setor público é justificável que as limitações sejam mais acentuadas, mas nunca ao ponto de frustrar essa garantia, hoje assegurada no texto constitucional, cuja regulamentação ainda se aguarda.⁷⁶¹

No caso específico dos policiais civis, um dos argumentos utilizado como justificador da vedação do direito de greve foi o fato de estes realizarem “serviços públicos desenvolvidos por grupos armados”.

Na greve generalizada dos policiais federais, acontecida no ano de 2012, por iniciativa dos próprios sindicatos, os servidores depositaram seus distintivos e armas para realizar a greve, no intuito de demonstrar que o movimento seria pacífico⁷⁶².

Na ocasião, o presidente do Sindicato dos Policiais Federais do Ceará (Sinpof/CE), Carlos Façanha, afirmou que os policiais de todo o país que aderiram à greve fariam “a **entrega simbólica das nossas armas**, para mostrar a sociedade que o movimento é pacífico”, declarando, ainda, que as armas só seriam resgatadas após o término do movimento.⁷⁶³

Em Minas Gerais, o Sindicato dos Policiais Federais de Minas Gerais (Sinpef/MG) também orientou os servidores pela entrega simbólica das armas, manifes-

761 FONSECA, Vicente José Malheiros da. Greve dos servidores do Estado: Lei Complementar. Problema atual e sugestões. p.71-76. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Belém. [S. l.], n. 50, jan./1993.

762 Informações retiradas do site da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF). Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/39424>>. Acesso em: 10 jan. 2013. Outras mídias também veicularam esse tipo de informação em razão da grande repercussão da greve dos policiais federais no ano de 2012. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/sp-em-greve-policiais-federais-entregam-armas-e-distintivos,167fdc840f0da310VgnCL-D200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

763 Disponível em: <<http://www.jangadeiroonline.com.br/ceara/policiais-federais-entregam-armas-no-primeiro-dia-de-greve/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

tando não existir a “intenção de prejudicar a população, mas sim, conscientizar a sociedade sobre o sucateamento da Polícia Federal”⁷⁶⁴.

A iniciativa dos policiais federais de depositar suas armas para exercer o direito de greve é uma situação que desmistifica, de certo modo, esse receio em se admitir a greve pelos servidores que desenvolvem atividades policiais.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 654432), que discute a legalidade, ou não, do exercício do direito de greve por parte dos policiais civis, diante da ausência de norma regulamentadora.

No entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, relator do ARE, a matéria constitucional suscitada no recurso ultrapassa os interesses das partes e possui evidente relevância social, tendo em vista que a atividade policial é essencial à manutenção da ordem pública:

Com efeito, a Constituição Federal garante o exercício do direito de greve dos servidores públicos, observadas as limitações previstas em lei. Contudo, diante da ausência de norma regulamentadora da matéria, sobretudo no que se refere à atividade policial, fica demonstrada a relevância política e jurídica do tema.⁷⁶⁵

A reflexão do tema merece se dar à luz das ponderações de Maria Cecília Mendes Borges:

é preciso não confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico administrativo – com suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação prática.⁷⁶⁶

764 Disponível em:

<<http://www.sinpefmg.org.br/greve-dos-policiais-federais-conta-com-grande-participacao-dos-servidores-em-minas-gerais/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

765 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206855>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

766 BORGES, Maria Cecília Mendes. Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Hori-

4.2 Desconto dos dias parados

Outro tema ainda permeado de controvérsias diz respeito ao pagamento da remuneração dos servidores públicos durante o período de paralisação das atividades em decorrência de movimento grevista.

No julgamento do MI 670, o Min. Gilmar Mendes consignou ser de competência dos tribunais a decisão acerca do mérito do pagamento ou não dos dias de paralisação, sendo que a regra geral é o desconto dos dias parados:

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, **os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste.** Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à **suspensão do contrato de trabalho.** Na suspensão do contrato de trabalho não há que se falar propriamente em prestação de serviços, nem tampouco no pagamento de salários. Como regra geral, portanto, **os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos,** salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.⁷⁶⁷ [grifo nosso]

O Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu a repercussão da matéria, em análise do Agravo de Instrumento nº 853275, no qual se discute a possibilidade do desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em virtude de greve.⁷⁶⁸

zonte, ano 7, n. 77, jul. 2007, p. 33. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41662>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

767 STF, Pleno, MI 670/ES, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Pub. DJ 31.10.2008.

768 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernociadetalhe.asp?idconteudo=203377>>. Acesso em: 10 jan. 13.

O art. 7º⁷⁶⁹ da Lei nº 7.783, de 1989, dispõe que durante o período de paralisação, no caso dos empregados regidos pelo regime trabalhista, as relações obrigacionais serão regidas pelo *acordo* entre o trabalhador e o empregador.

A solução para a greve no serviço público não poderá ser diferente. A aprovação, pelo Brasil, da Convenção nº 151 da OIT (Decreto Legislativo nº 206, de 7.4.2010), e sua recente promulgação (Decreto nº 7.944, de 7.3.2013), impõe ao Poder Público criar *instrumentos jurídicos adequados* que viabilizem a negociação coletiva no âmbito da função pública⁷⁷⁰.

Nesse sentido, para a composição do conflito, o estado e seus servidores devem possuir a faculdade de, no curso das negociações do movimento paretista, definir se haverá desconto ou pagamento da remuneração dos dias parados.

Até porque, a bem do serviço público, pode-se definir ser a compensação das horas não trabalhadas a melhor solução para restabelecer a boa qualidade na prestação do serviço.

E se o acordo for no sentido da compensação das horas, conseqüentemente, a remuneração durante o movimento paretista deve se dar na sua integralidade.⁷⁷¹

Convém aditar que não se entende por razoável reconhecer o direito à remuneração independentemente da prestação do trabalho. O que se defende é que a decisão sobre o desconto ou a compensação das horas de trabalho que deixaram

769 Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

770 O Congresso Nacional aprovou a Convenção no 151 e a Recomendação no 159 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, por meio do Decreto Legislativo no 206, de 7 de abril de 2010. Após a aprovação, o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação referente à Convenção no 151 e à Recomendação no 159 junto ao Diretor-Geral da OIT, na qualidade de depositário do ato, em 15 de junho de 2010, tendo, na ocasião, apresentado declaração interpretativa das expressões “pessoas empregadas pelas autoridades públicas” e “organizações de trabalhadores” abrangidas pela Convenção. Assim, os referidos instrumentos entraram em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 15 de junho de 2011, nos termos do item 3 do Artigo 11 da Convenção no 151. Recentemente, em 7.3.13, por meio do Decreto nº 7.944, foram promulgadas a Convenção no 151 e a Recomendação no 159, finalizando-se o processo de internalização dessas normas no direito pátrio.

771 Nesse sentido, STF, Rcl 13626, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE nº 80, divulgado em 24/04/2012.

de ser prestadas no decorrer da greve seja fruto de uma composição, um acordo, entre os servidores e a administração.

O Conselho Nacional de Justiça aprovou, em sua 150ª Sessão Ordinária, Enunciado Administrativo sobre a matéria, a seguir:

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº

“A paralisação dos servidores públicos do Poder Judiciário por motivo de greve, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Conselho Nacional de Justiça, autoriza o desconto da remuneração correspondente (Lei nº 7.783/89), facultado ao Tribunal optar pela compensação dos dias não trabalhados.”

(Precedentes: Pedido de Providências nº 0005713-97.2011.2.00.0000, julgado em 14 de fevereiro de 2012, na 141ª Sessão Ordinária; Pedidos de Providência nº 0000098-92.2012.00.0000 e nº 0000096-25.2012.2.00.0000, julgados em 27 de março de 2012, na 144ª Sessão Ordinária; Recursos Administrativos nos Pedidos de Providência nº 0000091-03.2012.2.00.0000, 0000187-18.2012.2.00.0000, 0000264-27.2012.2.00.0000 e 0000270-34.2012.2.00.0000, julgados em 08 de maio de 2012, na 146ª Sessão Ordinária; e, Mandado de Injunção nº 708/DF do STF).

Conforme o citado Enunciado, os Tribunais possuem a prerrogativa de definir pelo desconto da remuneração ou pela compensação das horas.

No entanto, não nos parece ser a melhor solução deixar à pura discricionariedade da administração a definição pelo desconto ou pela compensação da jornada. Essa decisão, como já afirmado, deve ser tomada no processo de negociação, fruto de um acordo coletivo de trabalho.

Até porque tanto o desconto dos dias parados quanto a compensação da jornada são fatos que influenciarão diretamente não só no orçamento público e na rotina administrativa, como também na vida do servidor.

Pode não ser de interesse da administração a compensação de jornada e, conseqüentemente, o pagamento dos dias não trabalhados. Da mesma forma, pode não ser de interesse do servidor realizar a compensação da jornada, preferindo, nesse caso, suportar o desconto de sua remuneração no período de duração da greve.

Nem toda greve é realizada com justificativa remuneratória. Na atual conjuntura da organização administrativa, são muitas as carreiras que realizam greve por melhores condições de trabalho, de segurança ou, até mesmo, devido ao excesso de carga horária imposto aos servidores.

Nesse sentido, sem desconsiderar que a regra é o desconto dos dias parados, até porque não existe prestação de serviço durante o movimento grevista, é possível construir, em prol do interesse público e, por que não, também do interesse do servidor, soluções alternativas, que permitam a compensação da jornada e o pagamento da remuneração.

5. CONCLUSÃO

A natureza jurídica do vínculo que une o servidor público ao estado não suporta mais a concepção da dogmática jurídico-administrativa centrada na unilateralidade, que, em concepções extremadas, sustentou estarem os interesses individuais dos servidores públicos dissolvidos na organicidade do estado.

O servidor público, sendo prestador de serviço subordinado para o estado, mediante remuneração, é, antes de tudo, um trabalhador.

As teorias que explicam o vínculo da função pública na perspectiva da relação especial de poder, da organicidade e da unilateralidade, não se mostram mais, na óptica do Estado Democrático de Direito, suficientes para explicar essa relação servidor-estado.

A Constituição da República de 1988 assegurou o direito de os servidores reunirem-se em sindicatos e de realizarem greves (art. 37, VI e VII). Também garantiu direitos sociais trabalhistas (art. 39, § 3º). Impossível negar, então, que o servidor possui interesses próprios, pessoais, que merecem ser protegidos.

O servidor público não pode mais ser considerado órgão integrado do estado, de modo que com ele não possa guardar contradições.

Se a própria constituição elege como valor estruturante a pluralidade, a diversidade, há que se admitir a existência de uma pluralidade de interesses públicos. Não é possível, então, olhar o interesse público apenas na perspectiva do administrado em relação ao estado, mas também na óptica do servidor (quando ele não atua como órgão, mas sim reivindica prestação em relação a esse mesmo estado).

Tanto a continuidade dos serviços públicos quanto o exercício do direito de greve advêm da mesma ordem normativa e atendem, de uma maneira ou de outra, a uma parcela do interesse público.

No exercício do direito de greve, o conflito de interesses individuais dos servidores e o da coletividade, no que diz respeito à continuidade dos serviços públicos, deve ser solucionado, no caso concreto, utilizando-se de técnicas de ponderação para a solução de conflitos.

Soluções apriorísticas, que colocam a supremacia do interesse público acima dos direitos individuais do servidor, podem legitimar restrições indevidas a direitos fundamentais.

A não ser que, por princípio, se tenha a greve como sempre violadora do interesse público, não se pode dizer que, no exercício desse direito constitucionalmente garantido tal como a função pública, o servidor não esteja legitimado a assim agir.

O que pode ocorrer é que, circunstancialmente, ainda que ocorra na maioria dos casos, mas, ainda assim, só circunstancialmente, e, portanto, não como princípio, surja o conflito entre dois direitos ou valores que a comunidade preserva e alçou inclusive ao *status* de norma constitucional: a continuidade do serviço público e o direito de greve.

Mas não é porque pode ocorrer esse conflito, ainda que na maioria dos casos, admita-se a proibição apriorística do exercício do direito por qualquer categoria de servidor público. Afinal, a Constituição de 1988 assegurou, indistintamente, o direito de sindicalização e de greve a todas as classes de servidores públicos civis.

Eventuais abusos ao exercício do direito de greve, que coloquem em risco a segurança pública ou a proteção à vida, devem ser normalmente coibidos pelo poder judiciário e seus causadores responsabilizados civil e penalmente.

Apesar de a Lei nº 7.783/89 prever a possibilidade de desconto dos dias parados, essa definição não pode se dar conforme a pura discricionariedade da administração, devendo a decisão sobre o pagamento ou não ser tomada no processo de negociação, oportunizando que os servidores possam realizar compensação de jornada.

O estudo da greve dos servidores públicos tem, portanto, o desafio de encontrar o meio que permita compatibilizar a coexistência dos diversos interesses que permeiam a função pública. Deve-se buscar soluções concertadas, construídas em um processo de negociação, com o intuito de harmonizar todos esses interesses conflitantes, mas, ao mesmo tempo, complementares.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*: contribuição ao tema da participação em direito administrativo. 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

_____. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

AUBY, Jean Marie; AUBY, Jean-Bernard; JEAN-PIERRE, Didier; TAILLEFAIT, Antony. *Droit de la fonction publique*: état, collectivités locales, hôpitaux. 7. éd. Paris: Dalloz, 2012.

BACHOF, Otto. Über Öffentliches Recht. *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25jaehringen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*. BACHOF; HEIGL; REDEKER. München: Ed. C. H. Beck, 1978. p. 1 e ss. apud ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina: 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Regime dos servidores da administração direta e indireta (direitos e deveres)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BORGES, Maria Cecília Mendes. Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 77, jul. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=41662>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

- DALARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001a.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina: 1999.
- FONSECA, Vicente José Malheiros da. Greve dos servidores do Estado: Lei Complementar. Problema atual e sugestões. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, [S. l.], n. 50, jan./1993.
- GERBER, Hans. Vom Begriff und Wesen des Beamtentums. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, 18. Bd (Neue Folge), S. 1-85, 1930. p. 64 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 142.
- GORDILLO, Agustin. Naturaleza de la Relación de Empleo Público. In: *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1. Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- LABAND, Paul. apud OSSENBÜHL, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Bad Homburg: Verlag Dr. Max Gehlen, 1968 apud WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista Direito Público*, n. 18, out./2007.
- MACHETE, Pedro. *Estado de direito democrático e a administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán. Parte general*. Traduzido do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. t. I, Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ROMITA, Arion Sayão. *Servidor público: sindicalização, negociação coletiva, conflitos coletivos, direito de greve*. São Paulo: Revista LTr, v. 56, n. 7, jul./1992.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista Direito Público*, n. 18, out./2007.

Sobre o livro

Formato 15,5 x 23 cm

Tipologia Minion Pro (títulos e textos)

Papel Pólen Soft 80g/m² (miolo)
Supremo 250g/m² (capa)

Projeto Gráfico Canal 6 Editora
www.canal6.com.br

Diagramação Erika Woelke